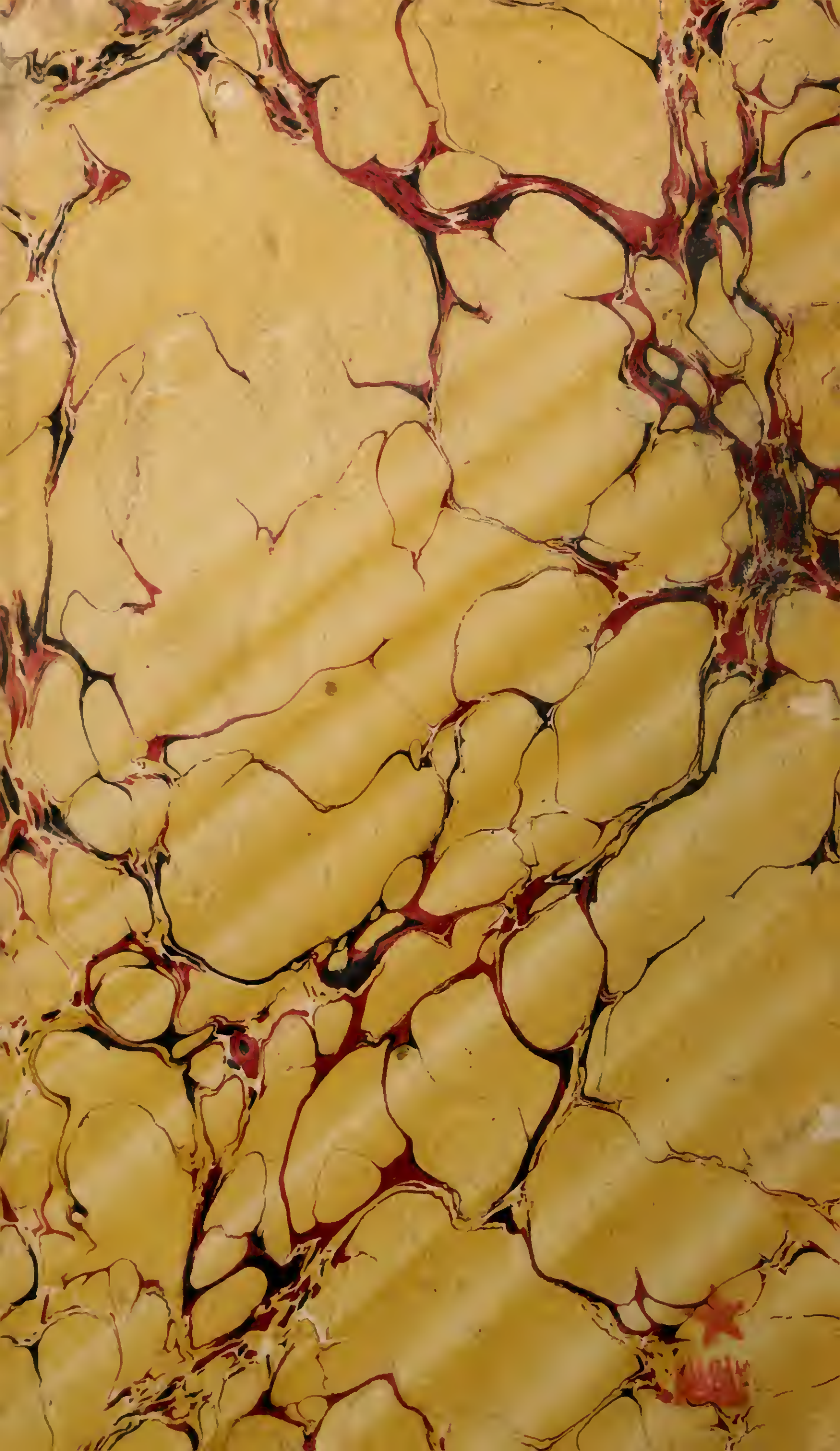
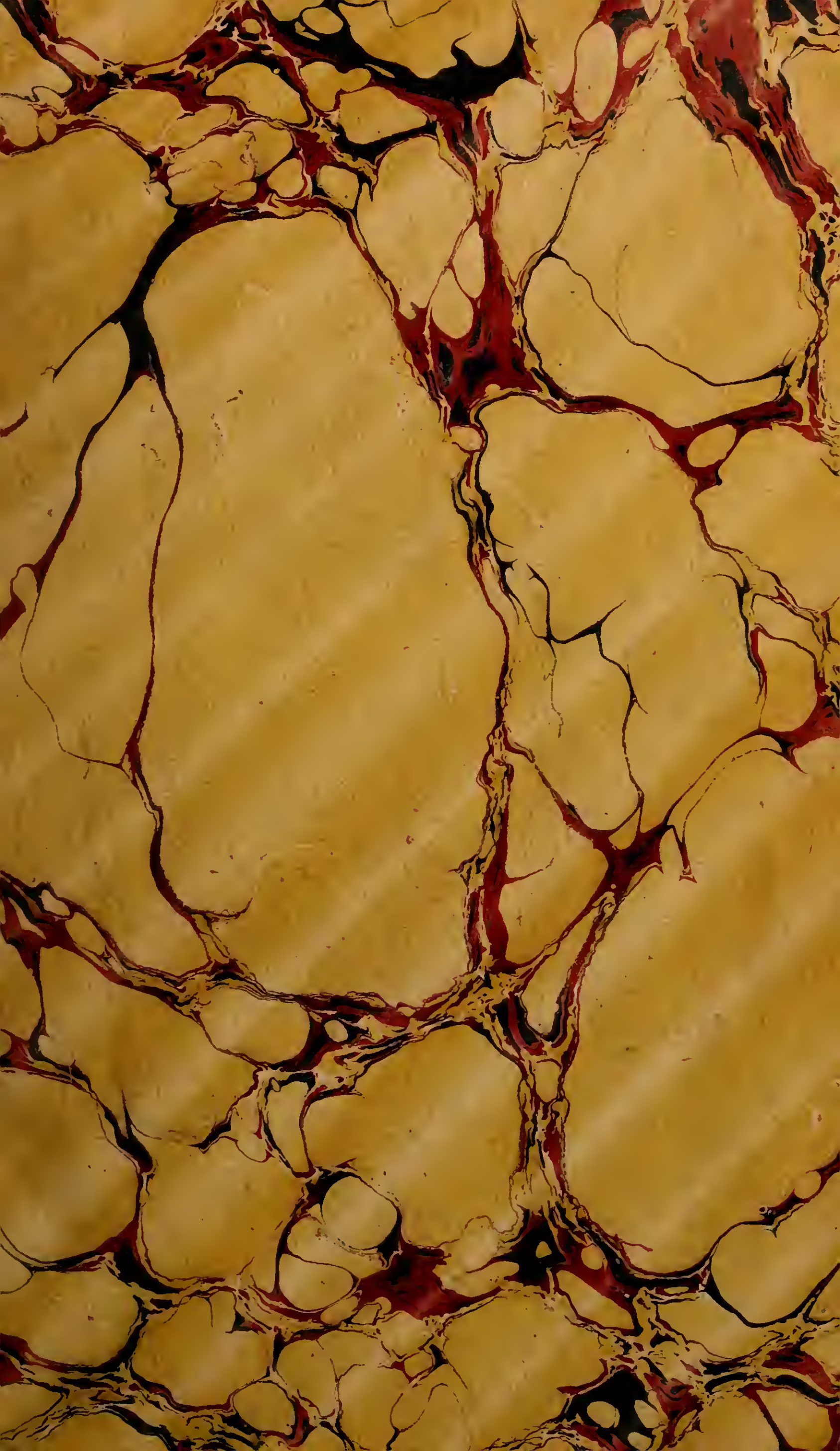










COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXVII

IV. — PARIS, TYPOGRAPHIE LAHURE
Rue de Fleurus, 9

TRAITÉ
DES CONTRATS
OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES
EN GÉNÉRAL

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME QUATRIÈME

PARIS
IMPRIMERIE GÉNÉRALE
RUE DE FLEURUS, 9

DURAND & PEDONE LAURIEL
LIBRAIRES
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)

HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

COSSE, MARCHAL ET BILLARD
PLACE DAUPHINE, 27

A. MARESCQ AINÉ
RUE SOUFFLOT, 17

1876

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais* : *J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume.

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

DES

CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

EXPOSITION.

SOMMAIRE.

1. — Nomenclature des différents modes d'extinction des obligation d'après l'article 1234.
2. — Observation.
3. — Avant d'examiner chacun de ces modes, il importe de résoudre une double thèse, qui les gouverne tous. — Exposition.
4. — A. La nomenclature de l'article 1234 est-elle complète et limitative? — Ou faut-il ajouter encore quelques modes d'extinction des obligations à ceux qu'il énumère?

1. — L'article 1234 est ainsi conçu :
« Les obligations s'éteignent:
« Par le payement;
« Par la novation;
« Par la remise volontaire;
« Par la compensation;
« Par la confusion;
« Par la perte de la chose;
« Par la nullité ou la rescision;

« Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent;

« Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier. »

Sur les neuf modes d'extinction des obligations, que cette nomenclature énumère, il y en a deux : la condition résolutoire et la prescription, dont les rédacteurs du Code ne se sont pas occupés dans ce chapitre.

L'une, dit notre article, *a été expliquée au chapitre précédent;*

L'autre *fait l'objet d'un titre particulier.*

2. — Restent donc sept modes d'extinction des obligations, qui forment, dans le chapitre v, autant de sections spéciales.

Nous allons les examiner, dans l'ordre où le législateur les a placés.

3. — Mais, d'abord, il nous paraît nécessaire de résoudre une double thèse, que le texte de l'article 1234 soulève naturellement, à savoir :

A. Si la nomenclature, qu'il renferme, est complète et limitative? — Ou s'il faut ajouter quelques modes d'extinction des obligations à ceux qu'il énumère?

B. Si ces modes d'extinction produisent tous le même effet? — Ou s'il existe, entre eux, quelque différence?

4. —A. Sur la première question, on peut, croyon-snous, répondre que l'énumération des modes d'extinction des obligations, présentée par l'article 1234, est complète; en ce sens qu'elle présente, en effet, tous les modes par lesquels les obligations sont susceptibles de s'éteindre *régulièrement*, comme dit Pothier (nos 671 et 673), ou, en d'autres termes, tous les modes d'extinction qui, d'après le droit commun, conviennent aux obligations en général, abstraction faite de toute modalité particulière.

5. — Mais ce n'est pas à dire qu'il n'existe pas encore d'autres modes par lesquels les obligations puissent s'éteindre.

Seulement, ce sont alors des modes spéciaux, n'ayant point le même caractère de généralité, qui se rencontre dans ceux que l'article 1234 énumère, et qui ne conviennent pas indistinctement à toutes les obligations.

C'est ce qui peut expliquer comment ils n'ont pas trouvé place dans la nomenclature de l'article 1234, qui n'a entendu mentionner que les modes généraux d'extinction des obligations.

6. — Les modes spéciaux, par lesquels telle ou telle obligation, en particulier, peut s'éteindre, sont :

1° Le terme ;

2° La mort de l'une des parties, du débiteur ou du créancier ;

3° Le consentement mutuel des parties, et quelquefois la volonté unilatérale de l'une d'elles ;

4° L'incapacité survenant dans la personne de l'une des parties ;

5° L'impossibilité d'exécution.

7. — 1° Et d'abord, le terme ;

C'est-à-dire l'expiration du temps, auquel les parties ont limité l'effet de leur convention.

Rien de plus simple ! cette clause doit, aussi bien que toutes les autres, faire leur loi commune (art. 1134 ; voy. pourtant *infra*, n° 18).

C'est ainsi que la société finit *par l'expiration du temps, pour lequel elle a été contractée* (art. 1865-1°).

Il y en a de nombreux exemples parmi les contrats les plus usuels : le louage, le mandat et bien d'autres !

8. — Le terme peut être pur et simple et *de durée* seulement ; comme si j'ai cautionné Pierre, envers vous, pendant trois ans.

Il peut être conditionnel et résolutoire (c'est ainsi que Pothier l'appelle, n° 225) ; comme si j'ai cautionné Pierre jusqu'au retour d'un vaisseau, sur lequel il a un gros intérêt.

L'expiration des trois ans, dans le premier cas, et le

retour du vaisseau, dans le second cas, éteindraient mon obligation.

9. — Ils l'éteindraient, en supposant, bien entendu, que je n'aurai pas été mis en demeure de l'accomplir.

Car mon obligation, au contraire, subsisterait, si, avant l'expiration du temps ou avant l'événement de la condition qui devait l'éteindre, j'avais été mis en demeure par le créancier de la remplir.

La demeure du débiteur ne doit pas, en effet, lui profiter. (Comp. le t. I de ce *Traité*, nos 465 et suiv.)

10. — Il ne faut pas confondre le terme, dont nous venons de parler, soit pur et simple, soit résolutoire, avec la condition résolutoire, dont nous avons exposé le caractère et les effets, en traitant des obligations conditionnelles.

Le terme, même celui que l'on appelle résolutoire, fait cesser, pour l'avenir, l'obligation; il l'éteint; mais il ne l'anéantit pas dans le passé; d'où résulte cette conséquence, que nous avons déjà signalée, à savoir : que l'expiration du terme ne donne pas lieu à la restitution de ce qui aurait été payé en exécution de l'obligation, avant que le terme l'eût éteinte. (Comp. le t. I, n° 467.)

C'est ce qui nous a fait dire qu'il serait appelé plus exactement *terme extinctif* que *terme résolutoire*. (Comp. le tome I, précité, n° 569.)

Tout autre est, comme on sait, la condition résolutoire qui, « lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas été contractée. »

D'où résulte cette conséquence, que l'article 1183 en déduit effectivement, *qu'elle oblige le créancier à restituer* ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

11. — Mais alors l'accomplissement de la condition résolutoire n'a donc pas pour effet d'éteindre les obligations!

Puisque, tout au contraire, elle les fait naître!

Comment donc expliquer l'article 1234, qui dispose que les obligations s'éteignent *par l'effet de la condition résolutoire!*

On peut faire à cette objection deux réponses :

La première, c'est qu'il se pourrait bien que le législateur du Code, malgré le renvoi qu'il fait au *chapitre précédent*, ait en vue, dans l'article 1234, non pas la condition résolutoire proprement dite, mais plutôt le terme résolutoire; c'est une réponse, que nous avons déjà présentée (comp. le t. I, n° 470);

La seconde, c'est que, même en admettant que ces mots de l'article 1234 se réfèrent à la condition résolutoire, ils sont encore susceptibles d'application; il suffit de supposer que le législateur a prévu le cas où le contrat qui a été fait sous une condition résolutoire, n'est pas encore exécuté, lorsque la condition s'accomplit; auquel cas, en effet, l'accomplissement de la condition éteint les obligations qu'il avait fait naître, et qui existaient encore.

12. — 2° La mort de l'une des parties, du débiteur ou du créancier, est aussi un mode d'extinction particulier de certaines obligations.

Régulièrement, sans doute, les droits et les obligations résultant des contrats, sont transmissibles aux héritiers du promettant et du stipulant.

Tel est le principe consacré par l'article 1122 (ajout. art. 1220).

Mais ce principe admet un assez grand nombre d'exceptions qui résultent : — soit de la convention expresse des parties; — soit de la nature du contrat, qu'elles ont fait; — soit des dispositions de la loi, interprétative de leur volonté.

C'est ainsi que souvent, dans la pratique moderne, le preneur stipule que le bail cessera, s'il vient à mourir avant l'expiration de la durée pour laquelle il est convenu.

La constitution de rente viagère est un des contrats

qui impliquent, par sa nature, qu'il s'éteint par la mort du créancier.

Et dans plus d'un texte, le législateur lui-même dispose que l'obligation s'éteindra par la mort de l'une des parties (art. 1795, 1865, 2003; comp. le t. I de ce *Traité*, nos 263 et suiv.)

13. — 3° Nous avons déjà expliqué quelles sont les obligations, qui peuvent s'éteindre, soit par le consentement mutuel des parties, soit par la volonté unilatérale de l'un de l'une d'elles. (Comp. le tome I, précité, nos 590 et suiv.)

14. — 4° L'incapacité ou le changement d'état survenant dans la personne de l'une des parties, peut être encore un mode d'extinction de certaines obligations.

C'est ainsi que le mandat finit par l'interdiction ou la déconfiture du mandant, ou du mandataire (art. 2003);

De même que la société finit par l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés (art. 1865).

15. — 5° Reste l'impossibilité d'exécution.

Comment ne serait-elle pas un mode d'extinction de celles des obligations auxquelles elle s'applique !

A l'impossible nul n'est tenu !

C'est sur ce motif qu'est fondé le mode d'extinction, qui résulte *de la perte de la chose*. (Art. 1234, 1302.)

Or, ce motif essentiel comprend évidemment tous les cas où l'obligation, quel qu'en soit l'objet, est devenue impossible à remplir, par suite d'une force majeure.

Et voilà bien, en effet, ce que décident, comme nous l'avons vu, les articles 1147 et 1148, qui généralisent, par avance, la disposition de l'article 1302 (comp. le t. I, nos 552 et suiv.).

16. — M. Larombière a écrit que :

« Les obligations s'éteignent par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues. » (T. III, art. 1234, n° 4.)

Cette formule n'est-elle pas trop générale ?

Nous le croyons ainsi, et qu'il pourrait être périlleux d'en conserver les termes.

Le savant auteur l'appuie sur un arrêt de la Cour de Rouen, qui a jugé que le traité passé entre deux personnes pour l'établissement d'un service de roulage, peut être résilié, sans dommages-intérêts par aucune des parties, par le seul effet de l'établissement d'un chemin de fer desservant les mêmes localités que le roulage, et transportant les marchandises à des prix inférieurs (9 fév. 1844, Robillard, Dev., 1844, II, 402).

Mais pourquoi ?

« Attendu que le chemin de fer de Paris à Rouen, *constituant un cas de force majeure, qui s'oppose à l'exécution des conventions arrêtées entre les parties,* il y a lieu d'en prononcer la résiliation.... »

C'est-à-dire que la Cour a reconnu, dans l'établissement du chemin de fer, un cas de force majeure, qui produisait, entre les parties, une impossibilité d'exécution de leur convention.

Et l'arrêt, ainsi motivé, se borne à faire l'application à l'espèce particulière sur laquelle il prononce, du principe que nous venons de poser.

M. Larombière d'ailleurs ajoute que l'existence de l'engagement étant subordonnée au maintien des circonstances actuelles, ce mode d'extinction rentre, sous ce rapport, dans celui qui s'accomplit par l'expiration du terme de durée convenu.

Cette explication nous paraît préférable.

Le nombre est grand, en effet, des promettants dont les combinaisons se trouvent déçues *par le changement des circonstances*, et qui ne recueillent que des pertes de la convention dont ils avaient espéré des bénéfices !

Il ne faut pas leur dire que ce changement, si imprévu et si considérable qu'il puisse être, les délie de leurs obligations !

Car ils en demeurent, au contraire, toujours tenus, tant que l'exécution n'en est pas devenue impossible! (Comp. le tome V. de ce *Traité*, n° 787.)

17. — Quelques jurisconsultes mettent au rang des modes d'extinction des obligations, *la prestation du serment déféré au débiteur et l'autorité de la chose jugée* (comp. Toullier, t. IV, n° 2, 8°; Duranton, t. XII, n° 5).

Mais cette doctrine n'est pas conforme à la classification législative de notre Code.

Nous ajoutons qu'elle n'est pas non plus exacte, philosophiquement.

D'abord, le législateur n'a pas mentionné, parmi les modes d'extinction des obligations, qu'il énumère, la prestation du serment déféré au débiteur et l'autorité de la chose jugée.

Et pourtant, si le serment prêté et la chose jugée avaient ce caractère, ils formeraient des modes généraux d'extinction, qui auraient dû trouver place dans sa nomenclature; car ils s'appliquent indistinctement à toutes les obligations (comp. art. 1358).

Donc, le législateur, qui les a omis dans l'art. 1234, a par cela même prouvé qu'il ne les considérait pas comme tels.

C'est que, en effet, philosophiquement, on ne saurait considérer comme un mode d'extinction des obligations la prestation du serment déféré au débiteur ni l'autorité de la chose jugée.

Quelle est la preuve, qui résulte de ce que la partie, à laquelle son adversaire a déféré le serment décisoire, a juré que l'obligation dont l'exécution est réclamée contre elle, n'existe pas?

C'est bien simple! il en résulte la preuve que cette obligation n'a jamais existé ou qu'elle a été éteinte.

Voilà, légalement, l'effet du serment prêté!

Il n'éteint pas une obligation; et, tout au contraire, il prouve qu'il n'y a pas d'obligation qui puisse être éteinte!

La même observation est applicable à la chose jugée,

dont l'effet, purement déclaratif, n'est pas plus d'éteindre que de créer des obligations, mais seulement d'en reconnaître l'existence ou l'extinction.

Oh! sans doute, il se peut qu'un faux serment ou une décision judiciaire mal rendue, procure à un débiteur sa libération!

Oui, en fait; et il pourra résulter de là, effectivement, une obligation naturelle. (Comp. *infra*, n° 39.)

Mais, non pas en droit!

En droit, il faut toujours répondre, même en face de ce parjure ou de cette décision injuste, que l'obligation civile n'existait pas!

Aussi, le créancier ne peut-il plus renouveler sa demande en justice, *quelque preuve*, dit Pothier, *qui lui fût survenue depuis* (n° 676; comp. art. 1363).

S'il la renouvelait, il serait repoussé :

En droit romain, *per exceptionem juris jurandi vel rei judicatæ* (Inst. *de Exceptionibus*, § 4 et 5);

Et, dans notre ancien droit français, *par la fin de non-recevoir, qui résulte du serment décisoire ou de l'autorité de la chose jugée.* (Pothier, n° 676.)

Exceptions.... Fins de non-recevoir.... Formules qui impliqueraient plutôt que l'obligation n'est pas éteinte, malgré le serment prêté ou la chose jugée, et que l'action du créancier se trouve seulement paralysée par ce moyen de défense du débiteur.

Mais la vérité est que, dans notre droit, ces formules elles-mêmes ne sont plus exactes.

Ni le serment prêté, ni l'autorité de la chose jugée, ne sont considérés, sous aucun rapport, comme des modes d'extinction des obligations.

Ils ne sont considérés que comme des modes de preuve, soit de leur existence, soit de leur extinction. (Comp. Marcadé, art. 1234, n° 2.)

17 *bis.* — « Il est encore, a dit Delvincourt, un mode d'extinction particulier aux obligations purement réelles,

c'est-à-dire qui frappent la chose seule, et qui ne frappent sur les individus qu'autant qu'ils détiennent la chose. Telles sont les obligations qui résultent de l'hypothèque, ou de la servitude. Le possesseur n'en étant donc tenu qu'à cause de la chose, peut s'en libérer, en cessant de posséder la chose, c'est-à-dire en la délaissant. L'abandon de la chose due est donc un mode d'extinction de ces sortes d'obligations. » (T. II, p. 153, note 4.)

Oui! *de ces sortes d'obligations,* c'est-à-dire de celles que l'on appelle, plus ou moins improprement, *obligations réelles.*

Or, il n'est question, dans ce titre, où nous sommes, que *des obligations personnelles.*

Il ne faut donc pas s'étonner de ce que le *délaissement* ou le *déguerpissement* ne figure pas au nombre des modes d'extinction des obligations, dont l'article 1234 fournit la nomenclature.

Il n'y pouvait pas figurer.

Car c'est précisément l'essentiel caractère de l'obligation personnelle, que le débiteur ne puisse l'éteindre par aucun abandon de ses biens! (Comp. art. 1270.)

Et voilà pourquoi *le délaissement* par hypothèque ne peut être fait que *par le tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé à la dette* (art. 2170, 2172; art. 699, 873, 875; notre *Traité des Servitudes,* t. II, n°s 830, 881 et 896; et notre *Traité des Successions,* t. V, n°s 66 et suiv.)

18. — B. La seconde question, préliminaire, en quelque sorte, que nous avons posée, consiste à savoir si les modes d'extinction des obligations, que nous venons d'énumérer, produisent tous le même effet? — Ou s'il existe, entre eux, quelque différence? (*Supra,* n° 3.)

D'après le Droit civil romain, les obligations ne pouvaient s'éteindre que par certains modes déterminés, *certis modis.* (L. 44, § 1, ff. *De obligat., et act.*)

En dehors de ces modes, l'obligation continuait de subsister, avec l'action, qu'elle avait produite; même dans

les cas où cette obligation n'avait plus de raison d'être, parce que le créancier avait été satisfait !

Mais d'après le Droit prétorien, l'action du créancier pouvait être repoussée par une exception.

Et voilà comment les obligations s'éteignaient de deux manières différentes :

Soit *ipso jure*, ou, en d'autres termes, *jure civili ;*

Soit *exceptionis ope*, ou, en d'autres termes, *jure Prætorio*. (Comp. Gaius, comm. IV, § 112 et 116; Justinien, *de Exceptionibus*, *princ.*)

C'est ainsi que l'obligation ne s'éteignait pas *ipso jure*, par l'expiration du temps pour lequel elle avait été contractée, ni par la simple convention de remise.

L'action intentée par le demandeur, malgré l'expiration du délai convenu, ou le pacte *de non petendo*, était donc *justa*, conforme au droit civil ; mais comme elle était *iniqua*, contraire à l'équité et à l'intention des parties, le Préteur accordait au défendeur l'exception *pacti conventi vel doli*. (Inst. Tit. *supra* cit. *de Exceptionibus*.)

19. — Notre droit français n'a jamais admis, du moins d'une manière absolue, cette distinction, qui avait, à Rome, sa base principale dans ce système formulaire, très-savant sans doute, mais aussi très-subtil et peu conforme aux intérêts de la pratique.

Il n'existe pas, chez nous, comme chez les Romains, deux législations parallèles, dont l'une ait pour mission de déclarer nul ce que l'autre déclare valable.

Tous nos modes d'extinction des obligations procèdent de la même origine et d'une seule législation.

Aussi pouvons-nous dire, à ce point de vue, qu'ils produisent tous les mêmes effets.

20. — Pourtant, on retrouve encore l'empreinte de l'ancienne doctrine romaine dans l'ancienne doctrine française.

Pothier donnait ce titre à la troisième partie de son *Traité :*

« *Des manières, dont les obligations s'éteignent; et d différentes fins de non-recevoir ou prescriptions contre les créances.*

Puis, après avoir annoncé qu'il traitera, dans sept chapitres, des différentes manières dont les obligations s'éteignent :

« *Nous en ajouterons*, dit-il, *un huitième, dans lequel nous traiterons des fins de non-recevoir ou prescriptions contre les créances* (n° 493).

En effet, dans ce huitième chapitre, qu'il y consacre, il les définit en ces termes :

« Les fins de non-recevoir contre les créances sont certaines clauses, *qui empêchent le créancier d'être écouté en justice pour exiger sa créance* » (n° 676).

L'autorité de la chose jugée, le serment décisoire du débiteur, qui a juré ne rien devoir, sont les deux premières fins de non-recevoir, qu'il cite.

Et il ajoute :

« Une troisième fin de non-recevoir est celle qui résulte du laps de temps, auquel la loi a borné la durée de l'action qui naît de la créance. On appelle cette espèce de fin de non-recevoir proprement prescription, *quoique le terme de prescription soit un terme générique, qui peut aussi convenir à toutes les autres fins de non-recevoir.* » (n° 677).

Cette dernière remarque est parfaitement juste ; et elle prouve ce que nous venons d'avancer, à savoir : que la distinction de Pothier est encore, dans notre ancien droit français, comme un reflet de la distinction romaine.

Les fins de non-recevoir ne rappellent-elles pas, sous un nom différent, les *exceptions prétoriennes ?*

Et même, le nom n'est pas changé pour la *prescription,* qui n'était, dans le système formulaire, qu'une certaine espèce d'exception, ainsi appelée à cause de la place qu'elle occupait dans la formule, en tête de laquelle on la plaçait (comp. Gaius, Comm. IV, § 130 et

suiv.; et le titre du Digeste : *De exceptionibus, præscriptionibus et præjudiciis*).

Aussi, sous l'influence mystérieuse et si puissante encore de ces traditions, Pothier écrivait-il que :

« *Les fins de non-recevoir n'éteignent pas la créance; mais qu'elles la rendent inefficace, en rendant le créancier non-recevable à intenter l'action, qui en naît.* »

21. — Devons-nous maintenir, dans le droit nouveau, cette distinction de l'ancien droit, entre *les manières dont les obligations s'éteignent, et les fins de non-recevoir contre les créances ?*

A ne considérer que le texte de l'article 1234, il semble que l'on devrait répondre négativement et que tous les modes, qu'il énumère, éteignent les obligations de la même manière.

Le texte de l'article 1234, en effet, place tous ces modes d'extinction sur la même ligne; et il les comprend indistinctement dans cette unique formule : « Les obligations s'éteignent.... »

Nous croyons toutefois, qu'il faut faire une distinction entre quelques-uns de ces modes; une distinction, disons-nous, qui rappelle encore, à certains égards, l'ancienne doctrine, et qui prouve que cette doctrine ne dérivait pas, en effet, seulement des formes de la procédure, mais qu'elle avait sa racine dans le fond même des choses.

Eh bien ! donc, parmi les modes d'extinction, que l'article 1234 énumère, il en est de deux sortes :

Les uns, c'est le plus grand nombre, opèrent l'extinction de l'obligation de *plein droit*, comme nous disons en français. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 590; et le tome III de ce *Traité*, n°s 472 et 782.)

En d'autres termes, ils opèrent cette extinction par eux-mêmes, immédiatement; de sorte que le juge doit les suppléer d'office, lors même que la partie qui peut

s'en prévaloir, omettrait de les opposer. (Comp. art. 1183, 1290.)

Tels sont : le payement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la condition résolutoire.

Les autres, au contraire, n'opèrent point, par eux-mêmes et immédiatement, l'extinction de l'obligation ; il faut qu'ils soient opposés par ceux qui peuvent s'en prévaloir ; de sorte que le juge ne peut pas les suppléer d'office.

Telles sont la nullité ou la rescision, et la prescription.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1117 :

« La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre. (Comp. art. 1304 et suiv.)

De même, aux termes de l'article 2223 :

« Les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. »

Et voilà, en effet, ce que disait aussi Pothier de *ses fins de non-recevoir :*

« .... Elles doivent être opposées par le débiteur ; le juge ne les supplée pas » (n° 677).

22. — Plusieurs jurisconsultes s'expriment même, en ce qui concerne la prescription, dans des termes qu'il est permis de trouver trop absolus, parce qu'ils tendraient à amoindrir, outre mesure, l'effet extinctif qui lui appartient.

« La loi, qui déclare une dette prescrite, dit Merlin, n'en ôte pas l'actif au créancier ; elle ne fait qu'opposer une barrière aux poursuites, qu'il voudrait faire contre le débiteur. Cela est si vrai que la prescription est généralement reconnue pour n'être qu'une exception, et que le juge ne peut la suppléer d'office, quand le débiteur, à qui elle est acquise, néglige de s'en prévaloir ; ainsi, elle n'agit pas sur le créancier, mais sur le débiteur. » (Répert., v° *Prescription*, n° 7.)

MM. Aubry et Rau, de leur côté, s'expriment ainsi :

« Quant à la prescription, elle forme bien obstacle à ce que le créancier puisse efficacement poursuivre l'exécution de l'obligation ; mais elle ne l'éteint pas en elle-même. »

Et ils ajoutent :

« La disposition de l'article 1234, qui range la prescription parmi les modes d'extinction des obligations, n'est pas tout à fait exacte. La prescription n'agit que sur le droit d'action, et non sur la créance elle-même. » (T. III, p. 99, et t. VI, p. 532-533 ; comp. Delvincourt, t. II, p. 452 ; Duranton, t. X, n° 41, et t. XI, n[os] 107 et suiv.)

Nous ne voudrions pas, pour notre part, adhérer à cette critique.

Et, suivant nous, c'est très-exactement que l'article 1234 a mis la prescription au rang des modes d'extinction des obligations ;

D'accord sur ce point, d'ailleurs, avec l'article 2219, qui définit la prescription :

« .... un moyen d'acquérir *ou de se libérer* par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi. »

Aussi, la prescription une fois accomplie, fait-elle, dès ce moment, obstacle à la compensation de la créance, si elle est ensuite opposée par le débiteur.

Bien plus ! lors même que la prescription n'est pas opposée par le débiteur, ou qu'il déclare y renoncer, ceux qui ont intérêt à ce qu'elle ait éteint la créance, sont recevables à la proposer ! (Art. 2225.)

C'est que, en effet, la prescription n'est pas une exception personnelle au débiteur ; elle est une exception réelle ; ce qui faisait dire à Pothier que la renonciation du débiteur à la prescription renferme *une aliénation du droit de fin de non-recevoir, qui lui est acquis* (n° 655 ; comp. le t. II de ce *Traité*, n° 223).

Or, le droit qui lui est acquis, c'est précisément le droit de répondre à la demande du créancier, que l'obligation, dont il réclame l'exécution, est éteinte !

Il faut donc, à notre avis, écarter toutes ces formes de langage, dont la conséquence serait de méconnaître l'effet extinctif, qui appartient à la prescription aussi bien qu'aux autres modes d'extinction énumérés dans l'article 1234.

Et ce n'est pas une vaine question de mots que nous agitons !

On a pu déjà constater, dans la matière des obligations solidaires, combien il importe de ne pas enlever à la prescription le caractère que le législateur lui a fait, *d'un moyen de libération réel et absolu* (comp. le t. III de ce *Traité*, n° 414).

23. — Nous ne parlons d'ailleurs que de l'obligation civile.

La prescription éteint-elle aussi l'obligation naturelle?

L'affirmative est soutenue par d'éminents auteurs dans l'ancien droit et dans le droit nouveau (comp. Dunod, *des Prescriptions*, chap. XIV, p. 108 ; Cujas, *Quest. de Papinien*, l. 95 *de Solutionibus;* d'Argentré, cout. de Bretagne, art. 273, n°s 22 et suiv.; Henrion de Pansey, Répert., v° *Prescription*, § 2; Troplong, *de la Prescription*; art. 2219, n°s 29-32).

Mais la doctrine contraire a toujours aussi compté de nombreux partisans.

Et nous n'hésitons pas à nous y ranger.

Est-ce que le seul laps de temps peut être, dans le for intérieur, un moyen de libération ?

Non, certes !

Il ne reste plus *au débiteur*, dit Troplong, *qu'un compte à régler avec sa conscience....* (*loc. cit.*).

Sans doute ! et c'est précisément ce compte à régler avec sa conscience, qui constitue l'obligation naturelle. (Comp. *infra*, n° 39; notre *Traité des Donations entre-vifs*

et des Testaments, t. III, n° 37; Cass., 26 mars 1845, Chante-Grellet, Dev., 1847, I, 120; *Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 264; Pothier, n°s 196, 642, 666; Merlin, *Répert.*, v° Prescription, sect. I, § 2; Delvincourt, t. II, p. 452; Duranton, t. X, n° 41, et t. XXI, n° 106; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 532-533; Leroux de Bretagne, *Nouveau traité de la Prescription*, t. I, p. 12.)

24. — Nous signalerons enfin, entre les modes d'extinction des obligations, cette différence encore :

Que les uns éteignent l'obligation par l'accomplissement même de ce qui a été promis, ou par une satisfaction équivalente donnée au créancier ;

Tandis que les autres libèrent le débiteur, sans aucun accomplissement, par lui, de l'obligation qu'ils éteignent.

« En réduisant, dit M. Larombière, à leur plus simple expression, tous les modes de payement, quels qu'ils soient, on n'en trouve que deux : le payement et la dispense de payement.

« Ainsi se ramènent, en définitive, à la réalité du payement, la novation, qui ne fait que substituer une dette à une autre; la compensation, qui acquitte une dette avec une autre; la confusion, qui fait qu'on se paye sur et par soi-même.

« Il y a, au contraire, dispense de payement dans le cas de remise volontaire; dans la survenance d'empêchements, qui rendent impossible l'exécution de l'obligation; dans le cas de la nullité ou de la rescision prononcée en justice; dans celui de la condition résolutoire ; de la prescription opposée et admise; enfin dans l'expiration du terme de durée convenu ou sous-entendu. On peut dire de ces derniers modes d'extinction des obligations qu'ils sont, par rapport aux autres, des modes irréguliers » (t. III, art. 1235, n° 4).

Cette distinction est, en soi, très-juste; et il peut être, effectivement, intéressant de rechercher, pour l'applica-

tion des principes du droit civil, en certaines matières, telles que les rapports à succession, ou les actions en réduction pour atteinte à la réserve, de quelle manière une obligation s'est éteinte; si par le payement ou par un mode équivalent au payement; ou par un mode qui n'est qu'une dispense de payement.

Mais la classification, que M. Larombière en présente, est-elle rigoureusement exacte?

Nous ne le pensons pas.

Est-ce que, en effet, *l'expiration du terme de durée convenu ou sous-entendu* doit être compris parmi les modes qui consistent dans une dispense de payement?

Mais cette expiration même implique que l'obligation a été exécutée pendant la durée de temps, qu'elle devait avoir.

La confusion, que le savant auteur range parmi les modes réguliers d'extinction équivalant *à la réalité du payement*, n'a-t-elle pas, au contraire, ce caractère qu'elle paralyse seulement l'action du créancier, sans éteindre la créance elle-même?

C'est, en effet, ce que nous avons déjà reconnu (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 404);

Et ce que nous reconnaîtrons bientôt encore plus spécialement, en traitant de la confusion (comp. le tome V, n°).

25. — Nous avons maintenant, après cette exposition générale, à examiner successivement les sept modes d'extinction des obligations, dont notre Code a posé les règles dans les sections qui suivent :

Section I : Du payement;

Section II : De la novation;

Section III : De la remise de la dette;

Section IV : De la compensation;

Section V : De la confusion;

Section VI : De la perte de la chose due;

Section VII : De l'action en nullité ou en rescision des conventions.

SECTION I.

DU PAYEMENT.

SOMMAIRE.

26. — Le mot : payement, comporte deux acceptions : l'une, générale; l'autre, spéciale. — Explication.
27. — Division.

26. — Le mot : *payement*, comporte deux acceptions : l'une, générale; l'autre, spéciale.

Dans son acception générale, il signifie l'extinction de l'obligation, de quelque manière que ce soit, non-seulement par la prestation de ce qui en est l'objet, mais aussi par la novation, par la remise ou autrement; c'est l'acception romaine; le mot français, ainsi entendu, est synonyme du mot latin : *solutio*, qui signifie le *dénouement* du *vinculum juris*, d'où résulte l'*obligatio* (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 8).

C'est alors le résultat plutôt que le moyen, l'effet plutôt que la cause, qu'il exprime.

« *Solutionis verbum*, disait Paul, *pertinet ad omnem liberationem, quoquo modo factam.* » (L. 54, ff. *De solut. et liberat.*)

Et il ajoutait :

« *Liberationis verbum eamdem vim habet quam solutionis.* » (L. 47, ff. *de Verbor. signif.*)

Au contraire, dans son acception spéciale, le mot *payement* exprime un certain mode d'extinction des obligations, le mode le plus naturel, celui que les parties ont seul ordinairement en vue, lorsqu'elles contractent, c'est-à-dire l'accomplissement effectif de la prestation qui en forme l'objet : donner, faire ou ne pas faire.

Voilà ce que disait aussi Pomponius :

« *Solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.* » (L. 176, ff. *de Verbor. signif.*)

C'est dans cette acception spéciale, que le législateur du Code a employé le mot : *payement*, qui signifie, évi-

demment, dans notre section, la prestation même de ce qui forme l'objet de l'obligation. (Comp. art. 1234, 1235 et suiv.)

Il faut même ajouter que, dans nos usages modernes, le mot : *payement*, reçoit une acception plus restreinte encore; c'est en effet, plus particulièrement, à la prestation de sommes d'argent qu'on l'applique; telle est l'idée que son acception, nous pouvons dire populaire, éveille tout d'abord dans les esprits.

Aussi, le législateur lui-même semble-t-il l'appliquer spécialement aux obligations, qui ont pour objet des sommes d'argent. (Comp. art. 1147, 1152, 1153, 1249, 1250, etc.)

Quant aux obligations dont l'objet consiste à faire, à ne pas faire, ou même à donner, il emploie le plus souvent d'autres mots : *remplir* (art. 1146); *acquitter* (art. 1236, 1237); *exécuter* (art. 1247); *livrer*, *délivrer* (art. 1245, 1604).

27. — La section, dans laquelle nous entrons, est divisée en cinq paragraphes :

Le premier s'occupe *du payement en général;*

Le second, *du payement avec subrogation;*

Le troisième, *de l'imputation des payements;*

Le quatrième, *des offres de payement et de la consignation*·

Le cinquième, *de la cession de biens.*

Nous allons les examiner dans cet ordre.

§ I.

DU PAYEMENT EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

28. — Division.

28. — Nous avons, dans ce premier paragraphe, à résoudre les points suivants :

I. Quelle est la cause du payement;

II. Par qui le payement peut être fait;

III. A qui;
IV. De quelle chose;
V. Aux frais de qui;
VI. En quel lieu.

C'est la division qu'indiquait le tribun Jaubert :

« Pour savoir quand le payement éteint l'obligation, il faut considérer *la cause du payement; — la personne qui le fait; — celle qui le reçoit; — ce qui peut être donné en payement; — le lieu où le payement doit être fait.* » (Exposé des motifs, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 458.)

I.

QUELLE EST LA CAUSE DU PAYEMENT.

SOMMAIRE.

29. — La cause du paiement, c'est une dette, dont le payement lui-même suppose l'existence.
30. — De ce principe résultent deux conséquences : 1° ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition; 2° c'est à celui qui prétend avoir payé indûment, et qui veut exercer la répétition, qu'incombe la charge de prouver que la dette n'existait pas.
31. — Cette seconde déduction n'est pas consacrée explicitement par le texte du Code; mais elle en résulte implicitement; et elle est d'ailleurs commandée par les principes généraux en matière de preuve. — Renvoi.
32. — C'est dans le titre : *Des engagements qui se forment sans convention*, que les rédacteurs du Code ont posé les règles qui gouvernent le quasi-contrat, qui résulte du payement de l'indu.
33. — Toutefois, l'article 1235 ajoute que la dette, dont le payement suppose l'existence, et qui fait obstacle à la répétition, peut être non-seulement une dette civile, mais aussi une dette naturelle. — Explication.
34. — Qu'est-ce qu'une obligation naturelle? — Et à quels traits peut-on la reconnaître?
35. — Suite.
36. — Suite.
37. — Suite.
38. — Suite.
39. — Suite.
40. — Suite.
41. — Suite.
42. — Suite.
43. — On ne saurait considérer comme une obligation naturelle celle qui a une cause illicite, prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. — Conséquence.

29. — L'article 1235 s'exprime ainsi :

« Tout payement suppose une dette; ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.

« La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles, qui ont été volontairement acquittées. »

Tout payement suppose une dette.

La cause du payement, sa cause essentielle et *sine qua non*, c'est, en effet, une dette !

Il est donc clair que le fait même du payement en implique l'existence.

Ce principe est d'une telle évidence, qu'il suffit de l'énoncer.

Aussi, n'avons-nous qu'à déduire les conséquences qui en résultent.

30. — Il y en a deux :

I. Ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition ;

II. C'est à celui qui prétend avoir payé indûment, et qui veut exercer la répétition, qu'incombe la charge de prouver que la dette n'existait pas.

31. — La première de ces déductions est la seule, que l'article 1235 consacre expressément, et la seule, en effet, que les rédacteurs semblent avoir voulu mettre en relief (comp. les discours de MM. Bigot-Préameneu et Jaubert, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 364 et 458).

Mais la seconde est aussi consacrée, implicitement du moins, par notre texte.

Et elle résulte d'ailleurs des principes généraux en matière de preuve.

Dès qu'un payement a eu lieu, ou plus exactement, dès qu'une prestation a été faite à titre de payement, la supposition est logiquement qu'il existait une dette.

Si celui qui a fait cette prestation à titre de payement, prétend exercer la répétition, il est alors demandeur, et il affirme;

Or, c'est au demandeur à prouver son affirmation.

« Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. » (L. 2, ff. *de Probationibus.*)

Telle est aussi la conséquence du principe posé par l'article 1315. (Comp. t. I de ce *Traité*, nos 364, 368.)

Ce n'est pas le lieu d'y insister; nous la retrouverons ailleurs, à sa vraie place.

32. — Le moment n'est pas venu davantage d'examiner ce qui concerne la répétition de l'indu.

Nous nous occupons *des contrats.*

Or, la prestation faite à titre de payement d'une prétendue dette, qui n'existait pas, donne naissance à un *quasi-contrat.*

Et c'est, en effet, dans le titre suivant, où le législateur s'occupe *des engagements qui se forment sans convention*, qu'il en a posé les règles.

C'est donc aussi dans ce titre, que nous aurons à revenir sur la première conséquence que l'article 1235 a déduite de cette règle, que tout payement suppose une dette (comp. art. 1376 et suiv.).

33. — Toutefois, l'article 1235 ajoute que la dette, dont le payement suppose l'existence et qui fait obstacle à la répétition, peut être non-seulement une dette civile, mais aussi une dette naturelle.

Et ceci n'est point un hors-d'œuvre, par lequel le lé-

gislateur devancerait prématurément le quasi-contrat, qui résulte du payement de l'indu.

Cette disposition est, au contraire, tout à fait à sa place, puisqu'il s'agit ici de déterminer quelle est la cause du payement.

Il était donc logique de constater, en effet, dès à présent, qu'il existe une cause suffisante de payement, *causa solvendi*, dans une obligation naturelle.

D'où la conséquence que l'acquittement d'une telle obligation ne constitue pas une libéralité, et ne doit pas être traité comme une disposition à titre gratuit :

Ni pour la forme ; de sorte qu'il n'est pas soumis aux solennités de la donation entre-vifs ou du testament;

Ni pour le fond ; de sorte qu'il ne faut pas y appliquer les règles édictées par la loi sur les rapports à succession, sur les incapacités de disposer ou de recevoir à titre gratuit, ni sur la réserve et la réduction. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n[os] 35 et suiv.; et notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. II, n° 324, et t. III, n° 36.)

34. — Mais qu'est-ce qu'une obligation naturelle ?

Et à quels traits peut-on la reconnaître ?

Déjà, nous avons abordé cette thèse ; et il suffira de rappeler, en les complétant, les explications, que nous y avons consacrées.

Le mot : *obligation naturelle*, nous est venu du droit romain : *naturalis obligatio*. (L. 13 et 18, ff. *De condict. indeb.*; comp. Machelard, *des Obligations naturelles en droit romain.*)

Mais il importe de remarquer que ce mot avait, à Rome, une acception différente, ou du moins, une acception plus étendue que celle qu'il comporte aujourd'hui.

C'est ainsi qu'on appelait de ce nom, chez les Romains, les obligations que l'esclave pouvait contracter envers son maître, et même, entre toutes personnes, les obliga-

tions résultant des simples pactes, c'est-à-dire des conventions qui ne rentraient pas dans la classe des contrats consensuels ou qui n'étaient pas revêtues des formes de la stipulation.

Nous n'avons rien de pareil dans notre droit; et toutes les conventions qui étaient, chez les Romains, de simples pactes, ne produisant que des obligations naturelles, forment, chez nous, de véritables contrats, qui produisent des obligations civiles (comp. Pothier, n[os] 191, 192).

Eh bien! donc, que signifie, chez nous, ce mot : obligation naturelle?

Le législateur du Code ne l'a pas défini ; et malgré les controverses que son silence a pu soulever, notre avis est qu'il a fait preuve, en ceci, de sens pratique et de sagesse; car, au moment d'en présenter une définition doctrinale, nous éprouvons combien elle est difficile et tout ce qu'une définition législative aurait pu avoir de périls.

Ce qu'il y a de mieux à faire, suivant nous, c'est de s'en tenir à la définition, que Pothier en a fournie :

« On appelle *obligation naturelle,* dit-il, celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée, à l'accomplissement de ce qui y est contenu » (n[os] 173, 175 et 193).

Oui! voilà l'obligation naturelle, celle que la loi n'a pas munie d'une action, et dont l'exécution ne peut pas être poursuivie devant la Puissance publique[1], mais qui oblige l'honnête homme, dans le for intérieur, aussi étroitement que si l'exécution pouvait en être exigée

1. Toute obligation que la loi a munie d'une action, est une obligation civile. On dit souvent que l'obligation alimentaire, que les articles 205 et suivants consacrent entre certains parents et alliés, est une obligation naturelle; mais cette terminologie, au point de vue qui nous occupe, est tout à fait inexacte. C'est là, au contraire, une obligation civile, dans l'acception scientifique du mot. Ce nouvel exemple démontre une fois de plus ce qu'il y a presque partout d'inexactitude dans la doctrine, qui, en présence de nos Codes, prétend toujours distinguer le *droit naturel* d'avec le *droit positif.*

contre lui, dans le for extérieur. (Comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général*, n° 4.)

Mais alors, comment se fait-il que le législateur n'ait pas muni d'une action des obligations, dont la cause semble si respectable et si légitime?

Ah ! c'est qu'elles ont aussi ce caractère qu'il est très-difficile, ou plutôt presque impossible de les reconnaître, subordonnées qu'elles sont à des circonstances de fait, qui dépendent d'une appréciation toute personnelle de la part de celui qui peut en être tenu.

De sorte que le législateur serait tombé dans un ordre de choses impraticable, s'il avait permis que l'on se mît à la recherche de ces sortes d'obligations par les moyens ordinaires de preuve.

Et c'est pourquoi il n'a pas admis d'autre preuve que l'aveu de l'obligé lui-même, reconnaissant volontairement qu'il est tenu.

Aussi, avons-nous dit (ce qui nous paraît toujours très-juste), que cet aveu n'en est pas seulement la révélation, mais qu'il en est l'élément constitutif, et, pour ainsi dire, la cause ! (Comp. notre *Traité* précité *des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 38.)

35. — Il est toute une classe d'obligations qui rentrent, sans difficulté, dans cette définition de l'obligation naturelle.

Nous voulons parler de celles, dont l'inefficacité civile résulte d'une présomption, par laquelle la loi répute de plein droit :

Soit qu'elles n'ont pas été contractées valablement ;

Soit qu'elles ont été éteintes ou qu'elles n'ont jamais existé.

Ces présomptions, par suite desquelles une obligation ne produit pas d'action, ou ne produit qu'une action susceptible d'être repoussée, comme disent certains jurisconsultes, par une *exception péremptoire*, sont, en gé-

néral, conformes à la vérité du fait; et c'est là précisément leur base, « *id quod plerumque fit.* »

Mais il peut arriver pourtant, et certainement plus d'une fois il arrive que, dans tel cas particulier, le motif sur lequel la présomption légale repose, fasse défaut.

Il est clair alors que cette inefficacité civile de l'obligation, quoique toujours conforme au droit, *justa,* est néanmoins contraire à l'équité, *iniqua* (comp. *supra,* n° 18).

Et voilà comment le débiteur, délié *civilement,* demeure toujours lié *naturellement.*

Ce sont là, en effet, des obligations civiles, qui dégénèrent en obligations naturelles, par suite d'un vice inhérent à leur formation, ou d'une cause d'extinction postérieure.

36. — Ainsi, la loi présume que le mineur de vingt et un ans n'a pas encore assez de discernement pour s'obliger (art. 488, 1124).

Et, en conséquence, elle lui accorde une action en nullité ou en rescision contre les obligations qu'il aurait contractées (art. 1305 et suiv.).

Rien de mieux, sans doute, en thèse générale; cette protection de l'inexpérience des mineurs était commandée par l'intérêt public non moins que par leur intérêt privé.

Mais, pourtant, qui voudrait nier que la présomption légale ne puisse être en défaut dans certains cas particuliers, et qu'un mineur de vingt et un ans n'ait pu s'obliger avec une maturité de raison suffisante pour que son obligation soit valable?

Eh bien! alors, si ce mineur, devenu majeur et capable, reconnaît lui-même que cette présomption légale d'incapacité ne s'appliquait pas à lui, le législateur ne peut qu'applaudir à cet aveu, en y attachant la force obligatoire qu'il comporte; car la présomption légale, d'où résultait son incapacité, n'est plus justifiée par aucun motif d'intérêt public, ni d'intérêt privé

(comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle,* etc., t. I, n° 88).

37. — Ce que nous venons de dire du mineur, est aussi vrai :

Soit de l'interdit ;

Soit de l'individu auquel il a été nommé un conseil judiciaire ;

Soit de la femme mariée, qui s'est obligée sans l'autorisation de son mari ou de justice ; d'autant plus que, sous notre Droit nouveau, à la différence de l'ancien Droit, ce défaut d'autorisation n'engendre plus qu'une nullité relative (comp. art. 217 et suiv. ; 489, 513, 1124, 1125, 1304, 1338, 1339 ; Pothier, n° 192 et 195 ; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 303 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 5).

38. — Il faut même généraliser cette doctrine et l'appliquer à toutes les obligations, contre lesquelles la loi admet l'action en nullité ou en rescision (comp. art. 1118, 1304, 1338, 1339 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 174 *bis*, V).

39. — Pareillement, la prescription, l'autorité de la chose jugée, l'effet du serment décisoire, procèdent de présomptions légales, que les plus graves considérations d'intérêt public et d'intérêt privé commandaient, en effet, d'établir (art. 1350, 2°, 3° et 4°).

Il faut bien, pour le bon ordre de la société et pour le repos des familles, que les procès aient un terme ! il faut que les décisions de la justice et les transactions entre les parties soient respectées !

Mais le législateur n'a-t-il pas donné à ce double intérêt toute la satisfaction qui lui est due, en refusant l'action à celui, contre lequel s'élève l'autorité de la chose jugée ou d'un serment décisoire, et en permettant à celui contre lequel une action prescrite est formée, de la repousser par la prescription ?

Assurément oui !

Et il dépasserait la mesure, sans motif et sans excuse, s'il refusait de tenir compte de l'aveu personnel de la partie elle-même, qui vient reconnaître la validité et l'existence de son obligation, malgré la présomption légale, qui la déclarait nulle ou éteinte !

On a dit de la prescription, qu'elle est « *patrona generis humani !* »

Oui ! comme institution, dans le but général et élevé qu'elle se propose ;

Mais non pas certes toujours dans ses applications particulières !

Et lorsqu'il arrive qu'elle sert d'abri à la mauvaise foi et à l'injustice, on a eu raison de s'écrier, au contraire : *impium præsidium præscriptio!*

Et voilà comment ces deux appréciations, quoique très-opposées, sont néanmoins, l'une et l'autre, très-exactes, chacune au point de vue différent où elle se place.

Aussi, persistons-nous à croire que la prescription n'éteint pas l'obligation naturelle, pas plus que ne l'éteint l'autorité de la chose jugée ou du serment décisoire (comp. *supra*, n° 23).

40. — C'est évidemment aussi une obligation naturelle, que celle, qui pèse sur le failli concordataire, de désintéresser intégralement ses créanciers, malgré la remise qu'il a obtenue.

Cette remise, en effet, par laquelle les créanciers ont renoncé à leur droit de poursuite, ils ne l'ont pas faite *animo donandi*, mais seulement sous l'empire de la nécessité.

Mais ils n'ont pas reçu tout ce qui leur était dû ; et si l'obligation civile est néanmoins éteinte pour le tout, l'obligation naturelle subsiste pour la partie de la dette, qui n'a pas été acquittée; elle subsiste comme dans le cas de la prescription, avec lequel celui-ci offre, en effet, quelque ressemblance.

On peut même dire qu'il y a, dans ce cas particulier,

plus qu'une obligation naturelle; non-seulement le législateur n'admet pas la répétition de ce que le failli concordataire aurait volontairement payé pour compléter sa libération; mais il emploie un moyen indirect, afin de le contraindre, en quelque sorte, à ce payement; car c'est à l'accomplissement de cette condition, que l'article 604 du Code de commerce soumet le failli pour obtenir sa réhabilitation; et aux termes de l'article 613, le commerçant failli ne peut se présenter à la bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabilitation (comp. Bordeaux, 14 janv. 1869, Salaire, Dev., 1869, II, 164).

41. — Les obligations naturelles, dont nous venons de fournir des exemples, se distinguent par ce caractère commun qu'elles sont des obligations civiles dégénérées, qui avaient été d'abord munies du droit d'action, dont elles se trouvent maintenant dépourvues.

C'est le plus grand nombre; et nous disons aussi, avec M. Colmet de Santerre, que ces sortes d'obligations constituent, en effet, *la partie principale de l'énumération des obligations naturelles.*

Mais doit-on les renfermer strictement dans ce cercle?

Et n'y a-t-il d'obligation naturelle, que celle qui s'est originairement formée avec le caractère d'une obligation civile?

Un frère riche s'est engagé, par un acte sous seing privé, à servir à sa sœur pauvre une pension alimentaire.

Ou c'est un maître, qui s'est obligé, par un acte sous seing privé, à servir une pension à son vieux serviteur infirme et dénué de ressources.

L'acte est, disons-nous, dans les deux cas, sous signature privée.

Mais, dans les deux cas aussi, les termes en sont tels, qu'ils témoignent, d'accord avec les circonstances du fait, que, dans la pensée du souscripteur, cet acte a pour cause, non pas une libéralité, mais une obligation naturelle, dont il reconnaît l'existence à sa charge.

Un tel acte est-il valable?

Ou faut-il, au contraire, l'annuler, aux termes de l'article 931, pour vice de forme?

Cette thèse est controversée; et nous ne voulons pas nier qu'elle peut paraître délicate.

Un parti considérable, dans la doctrine, enseigne qu'on ne saurait voir, dans de tels faits, le principe d'une obligation naturelle, et que l'acte, dont il s'agit, ne constitue qu'une donation :

1° Toute obligation implique nécessairement, dit-on, l'existence corrélative d'une action, soit dans le for extérieur, si l'obligation est civile; soit dans le for intérieur, si l'obligation est naturelle; et on ne peut déclarer l'un débiteur, sans déclarer l'autre créancier. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 6.)

Or, cette corrélation, qui continue toujours d'exister dans l'obligation civile dégénérée en obligation naturelle, n'existe pas, au contraire, dans les autres hypothèses; on ne saurait considérer cette sœur comme *créancière* de son frère, ou ce vieux serviteur comme *créancier* de son maître.

Donc, il n'y a là, en effet, aucune obligation; ce qu'il peut y avoir seulement, c'est un devoir imparfait, un devoir de morale, qui ne confère aucun droit contre celui qui peut en être tenu, et dont l'accomplissement, spontané de sa part, ne constitue qu'une libéralité.

2° A confondre ainsi l'obligation naturelle avec les devoirs de morale, le péril serait grand! car il n'y aurait plus aucune ligne précise de démarcation entre l'obligation naturelle proprement dite et les simples devoirs de conscience; on se trouverait entraîné à dispenser des formes solennelles, que la loi exige pour tout acte portant donation entre-vifs, des actes qui renfermeraient de véritables libéralités; et on priverait ainsi les donateurs des garanties, par lesquelles la loi a voulu les protéger contre les abus d'influence et les violences physiques auxquelles ils peuvent être exposés.

Une donation, pour être rémunératoire, n'en est pas moins une donation !

Il est vrai que les sommes ou les objets, payés en exécution d'un pareil acte, ne seraient pas sujets à répétition.

Mais ce n'est pas en vertu de l'article 1235, qu'ils ne pourraient pas être répétés; c'est en vertu de l'article 2279 qui consacre la maxime : en fait de meubles, possession vaut titre; c'est, en un mot, parce que la tradition constituerait une donation manuelle. (Comp. art. 909 et 960; comp. Demangeat, sur Mourlon, t. II, p. 685; Massol, *des Obligations naturelles;* Colmet de Santerre, t. V, n° 174 *bis.*)

42. — Cette logique est, à notre avis, trop radicale :

1° Est-ce que, en effet, la définition de l'obligation naturelle, que nous avons empruntée à Pothier, et à laquelle les rédacteurs du Code, par leur silence, se sont sans doute référés, est-ce que cette définition ne s'applique pas aux hypothèses qui nous occupent ?

Assurément oui ! (Comp. *supra,* n° 34.)

Qui pourrait nier que ce frère riche ne puisse se considérer comme *obligé* de venir en aide à sa sœur indigente? et lorsqu'il reconnaît lui-même l'existence de cette obligation, comment le législateur refuserait-il de la sanctionner ?

2° Nous allons, dit-on, confondre les obligations naturelles proprement dites avec les simples devoirs de morale, de manière à ne les plus pouvoir distinguer.

Non pas! car voici les deux conditions, sous lesquelles nous proposons notre thèse.

Pour qu'un tel aveu produise une obligation naturelle :

1° Il faut qu'il s'agisse d'une relation entre une personne déterminée et une autre personne déterminée; il est clair que nous n'entreprenons pas d'imprimer le caractère d'une obligation naturelle au devoir général de

charité envers les pauvres! (comp. Orléans, 23 avril 1842, la ville de Caen, Dev., 1842, II, 383);

2° Il faut que l'obligation soit de celles qui, communément, et d'après les appréciations de la conscience générale, sont de nature à s'acquitter à prix d'argent.

Lorsque ces deux conditions se rencontrent, nous persistons à penser que l'aveu de celui qui reconnaît être obligé, devient, en effet, la preuve suffisante de l'existence d'une obligation naturelle.

A-t-il jamais existé une obligation civile à la charge de cet héritier, auquel de prétendus légataires viennent demander l'exécution des dernières volontés de son auteur, exprimées dans un acte non revêtu des formes testamentaires, ou même exprimées seulement de vive voix?

Non sans doute! il est bien impossible de voir, dans un testament verbal, une obligation civile dégénérée en une obligation naturelle.

Et pourtant, qui voudrait admettre cet héritier à exercer la répétition des sommes ou des objets, meubles ou *immeubles*, qu'il aurait délivrés pour remplir fidèlement les volontés de son auteur, ou même à demander la nullité de l'obligation qu'il aurait *reconnue* de la remplir! (comp. Nîmes, 5 déc. 1860, de Gray, Dev., 1861, 2-1; et les *Observations* de l'arrêtiste).

Donc, il existe des obligations naturelles en dehors du cercle des obligations civiles dégénérées, qui ne produisent pas d'action.

Telle est notre thèse (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n°s 37 et suiv., et le t. I de ce *Traité*, n°s 351 et 375).

43. — Est-ce la peine de dire qu'on ne saurait considérer comme une obligation naturelle celle qui a une cause illicite, prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public? (Comp. art. 1133.)

Le législateur serait en contradiction avec lui-même, s'il s'attachait un effet quelconque, d'action ou même

seulement d'exception, à une obligation, qu'il prohibe par de tels motifs !

Aussi, l'article 1131 dispose-t-il qu'une telle obligation *ne peut avoir aucun effet.*

D'où nous avons déjà conclu que le promettant, qui aurait payé la chose promise, pourrait en exercer la répétition, sans que l'article 1235 lui fût opposable; et cela, lors même qu'en faisant le payement, il aurait eu connaissance de la nullité de l'obligation (comp. le t. I de ce *Traité*, nos 381 et 382; Cass., 12 juin 1870, Servent, Dev., 1870, I, 357; Cass., 15 déc. 1873, Vilmain, Dev., 1874, I, 241; et les *Observations* de notre savant collègue M. Ernest Dubois.)

44. — Le caractère de la dette de jeu ou de la dette résultant d'un pari a toujours été, si haut que l'on remonte dans l'histoire du Droit, très-diversement appréciée, soit par les jurisconsultes et les législateurs, soit par les théologiens et les moralistes.

Trois systèmes principaux sont en présence :

L'un considère que, dans tous les cas, cette dette a une cause illicite; c'est ainsi que le Droit romain admettait la répétition de ce qui avait été payé pour dettes de jeu (ff. Tit. *De aleatoribus*) ; et de même, dans notre ancien Droit, l'Ordonnance de janvier 1629 déclarait « *nulles* toutes dettes contractées pour jeu; et toutes obligations et promesses contractées pour jeu, quoique déguisées, *nulles et de nul effet, et déchargées de toutes obligations civiles et naturelles* » (art. 138).

L'autre système, au contraire, considère que, dans tous les cas, la dette de jeu constitue une *obligation naturelle;* telle était notamment la doctrine de Pothier, moins sévère, en ceci, que la plupart des théologiens de son temps :

« J'incline à penser, disait-il, que ceux qui ont perdu, en jouant, sur leur parole, à des jeux défendus, des sommes considérables, sont obligés, dans le for de la

conscience, de les payer, et que celui qui les a gagnées, n'est pas obligé de les restituer.... » (*Traité du Contrat de jeu*, n° 58.)

Enfin, d'après un système intermédiaire, il faut distinguer entre le gros jeu ou le jeu défendu, qui se propose un but de spéculation, et le petit jeu, auquel on se livre par délassement ; la dette qui est illicite dans le premier cas, est, au contraire, licite et *naturelle* dans le second cas.

Laquelle, entre ces trois théories, a prévalu sous notre Code?

Après avoir disposé, dans l'article 1965, que :

« La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari. »

Le législateur ajoute, dans l'article 1967, que :

« Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. »

Et, d'abord, de ces textes il résulte certainement, à notre avis, que les rédacteurs du Code n'ont mis, en aucun cas, la dette de jeu au rang de ces obligations, dont nous venons de parler (*supra*, n° 43), qui ont une cause illicite à ce point qu'elles ne peuvent produire aucun effet. Cela est certain, disons-nous, puisque la répétition de ce qui a été payé pour une dette de jeu, n'est admise effectivement en aucun cas.

Il est vrai que, d'après une doctrine ancienne, que plusieurs modernes ont reprise, si la répétition est refusée au perdant, qui a payé, ce n'est point parce que l'obligation aurait une cause licite, mais bien, au contraire, parce que la cause étant illicite de la part des deux parties, on applique le principe : *ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti....* (L. 2, ff. *De condict. ob turpem causam.*)

C'est là l'explication, que Troplong a fournie de l'article 1967, en ce qui concerne les dettes de gros jeu. (*Des Contrats aléatoires*, art. 1967, n° 190.)

Mais nous avons annoncé déjà que cette explication ne nous paraît pas devoir être admise ; et nous nous réservons, quand le moment sera venu, d'en entreprendre démonstration. (Comp, t. I de ce *Traité*, n° 382.)

45. — Eh bien ! alors, puisque le législateur moderne n'a pas cru que l'obligation résultant du jeu, ait une cause illicite, c'est donc qu'il la considère comme une obligation naturelle ?

Telle est, en effet, la doctrine de Toullier, qui enseigne que l'article 1967 n'est qu'une application particulière de l'article 1235, qui refuse, en général, la répétition de ce qui a été payé pour une dette naturelle (t. VI, n° 381 ; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 6 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 174 *bis*, VIII et IX).

Nous ne croyons pas pourtant que cette appréciation soit non plus tout à fait exacte.

Ce qui est vrai, à notre avis, c'est que les rédacteurs du Code ont regardé la dette de jeu comme une dette d'un caractère particulier, qui, sans avoir précisément une cause illicite, ne peut pas être néanmoins élevée au rang d'une obligation naturelle. S'ils ont refusé l'action en répétition, c'est qu'une telle action aurait pu, dans beaucoup de cas, présenter des inconvénients graves, et que, après tout, on peut penser aussi que le perdant, qui a payé, a reconnu lui-même que la dette n'était pas excessive. (Comp. Paul Pont, *des Petits contrats*, t. I, art. 1964, n° 605.)

C'est ce que disait M. Siméon, dans son rapport au Tribunat :

« Mais si le joueur, plus sévère à lui-même que la loi, *s'est tenu pour obligé ;* si fidèle à sa parole *et délicat dans son égarement,* il a acquitté ce qu'il avait témérairement engagé, il ne sera pas reçu à répéter ce qu'il a payé. » (Fenet, t. XIV, p. 542.)

De ce caractère particulier, que nous croyons découvrir dans la dette de jeu, et qui la distingue de l'obligation

naturelle proprement dite, nous fournirons une preuve, qui nous paraît le bien démontrer.

C'est que le législateur lui attribue, en même temps, plus d'effet qu'à l'obligation naturelle dans certains cas, et moins d'effet dans certains autres.

Il lui attribue plus d'effet, dans le cas qui est précisément l'objet de notre étude, à savoir : lorsqu'il s'agit de la répétition de ce qui a été payé.

Pour que la répétition ne soit pas admise de ce qui a été payé en vertu d'une obligation naturelle ordinaire, il faut, aux termes de l'article 1235, que le payement ait été fait *volontairement;* et nous allons expliquer que le sens de ce mot, dans l'article 1235, est que le *solvens* doit avoir su qu'il payait une obligation naturelle, et qu'il n'était pas tenu civilement de la payer (*infra*, n° 47).

Au contraire, aux termes de l'article 1967, cette condition n'est pas nécessaire; nous le pensons du moins ainsi, d'après la rédaction même de ce texte, qui, loin de nous apparaître comme une application particulière du principe général posé par l'article 1235, nous semble, au contraire, s'en écarter tout à fait, en y apportant une exception notable.

« *Dans aucun cas,* d'après l'article 1967, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, *à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie.* »

Cela est clair!

Dans aucun cas, la répétition ne peut avoir lieu; sauf le cas où le gagnant aurait pratiqué quelque dol, supercherie ou escroquerie.

Donc, en dehors de cette exception, la répétition n'est pas admise, même dans le cas où le perdant aurait payé, par suite de l'erreur où il était que la dette de jeu constituait une dette civile, au payement de laquelle il aurait pu être contraint.

Mais quoi! ce même mot: *volontairement*, a donc, dans l'article 1967, un sens différent de celui qu'il a dans l'article 1235?

Nous croyons que la preuve en résulte du texte même et des principes.

Et voilà comment le législateur attribue à une dette de jeu plus d'effet qu'à une obligation naturelle.

Mais voici, d'autre part, comment il lui attribue moins d'effet.

L'obligation naturelle peut être cautionnée ou novée; c'est ce que l'on décide généralement, et avec raison.

Tandis que, au contraire, on décide généralement, et aussi, suivant nous, avec raison, sous l'empire de notre Code, que la dette de jeu ne peut pas être l'objet d'une novation ou d'un cautionnement.

46. — Nous venons d'annoncer quel est, à notre avis, le sens du mot : *volontairement*, dans l'article 1235.

Il signifie que le payement doit avoir été fait *en connaissance de cause*, c'est-à-dire qu'il faut que celui qui a payé, ait su qu'il n'était pas obligé civilement et qu'il ait eu, en conséquence, *la volonté* de faire librement le payement d'une obligation naturelle.

Nous devons ajouter, toutefois, que cette doctrine n'est pas unanimement admise, et qu'elle a rencontré des adversaires considérables.

Voici notamment ce qu'ont écrit MM. Aubry et Rau :

« Les exceptions péremptoires, dont l'admission, tout en privant une obligation de sa complète efficacité civile, la laisse cependant subsister comme une obligation naturelle, ne sont pas de nature à faire envisager le payement comme ayant eu lieu indûment. Le débiteur qui, nonobstant l'existence en sa faveur d'une exception de cette espèce, aurait acquitté sa dette, ne serait point admis à exercer la répétition, *sous le seul prétexte qu'il n'eût point effectué le payement, s'il ne s'était faussement imaginé*

qu'il se trouvait civilement obligé, alors que, en réalité, il ne l'était que naturellement.... »

Puis, répondant à l'objection qu'ils prévoient, que, en pareil cas, le payement n'a pas été volontaire, les savants auteurs ajoutent :

« L'erreur sur le point de savoir si une dette, acquittée d'ailleurs en parfaite connaissance de son origine et de sa cause, constituait une obligation civilement efficace, ou ne formait qu'une obligation naturelle, n'est point, par elle-même, exclusive de l'idée d'un payement volontaire. D'ailleurs, l'allégation de celui qui prétendrait n'avoir payé que par suite d'une pareille erreur, devrait être repoussée comme contraire à l'honnêteté. » (T. III, p. 531.)

Tel paraît bien avoir été, en droit romain, le sentiment de Julien, dans la loi 32, § 2, au Digeste, *De condictione indebiti* :

« Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa; ex quâ solutum repeti non potest.* » (Ajout. Paul, L. 28, ff. h. tit.)

Et Pothier, dans notre ancien droit, s'exprimait en des termes qui ont pu autoriser les dissidents à croire que cette doctrine était aussi la sienne. (Comp. n° 195.)

47. — Quoi qu'il en soit de ces traditions plus ou moins incertaines, notre avis est que, dans notre droit nouveau, c'est la doctrine contraire, qui doit prévaloir :

1° Et d'abord, il nous paraît évident que le même motif, le motif essentiel, qui a déterminé le législateur à refuser l'action en payement d'une obligation naturelle, a dû le déterminer nécessairement aussi à accorder la répétition, dans le cas où le payement a eu lieu par suite de la fausse opinion du *solvens*, que l'obligation était civile.

Pourquoi le législateur a-t-il refusé l'action en payement?

Nous l'avons dit, c'est parce que l'obligation naturelle ne se révèle, à ses yeux, d'une manière certaine, que par l'aveu de l'obligé lui-même, et que l'on n'aurait pas pu, sans se jeter dans d'inextricables difficultés d'application, entreprendre d'en démontrer l'existence en dehors de cet aveu ;

Or, ces mêmes difficultés vont se reproduire après le payement, si, pour en empêcher la répétition, il est nécessaire de fournir la preuve que l'obligation, qui a été payée par erreur, comme si elle existait civilement, existait du moins naturellement;

Donc, le même obstacle, qui a fait refuser l'action *avant*, doit faire accorder la répétition *après*, toutes les fois que le payement ne témoigne pas lui-même de l'aveu du *solvens*, qu'il est obligé naturellement, et qu'il faudrait, pour empêcher la répétition, faire contre *lui forcément*, cette preuve qui ne peut émaner que de *lui volontairement !*

2° Aussi, est-ce en ce sens que l'orateur du gouvernement devant le Corps législatif, M. Bigot-Préameneu, a expliqué la disposition de l'article 1235 :

« L'obligation naturelle, disait-il, ne devient un lien civil que *par une induction tirée du payement*...; ce payement est une *renonciation de fait* aux exceptions, sans lesquelles l'action eût été admise : renonciation *que la bonne foi seule et le cri de sa conscience* sont présumés *avoir provoquée....* » (Locré, *Legislat. civ.*, t. XII, p. 365.)

Or, il ne peut y avoir renonciation de la part de celui qui ignorait son droit; on ne saurait dire de lui qu'il a obéi au cri de sa conscience !

Et, tout au contraire, il y a, dans ce payement, une erreur dont il ne serait pas juridique que l'*accipiens* profitât !

3° Voilà bien ce qui résulte des textes mêmes de notre Code, et notamment des articles 1338 et 2056.

L'article 1338 fournit, en effet, l'explication, aussi formelle que possible, de ce mot : *volontairement*, de l'article 1235.

Le législateur, dans le premir alinéa, détermine d'abord les conditions auxquelles il soumet la confirmation expresse d'une obligation rescindable :

« L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, *la mention du motif de l'action en rescision*, et *l'*INTENTION *de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.* »

Et ensuite, déterminant, dans le second alinéa, les conditions auxquelles il soumet la confirmation tacite, il ajoute :

« A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée *volontairement*, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée ;

On ne saurait déclarer, en termes plus clairs, que le mot : *volontairement*, signifie : avec l'*intention* de réparer le vice dont l'obligation est affectée !

Tel est certainement aussi le principe sur lequel est fondé l'article 2056, dont le premir alinéa est ainsi conçu :

« La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, *dont les parties ou l'une d'elles n'avait point connaissance, est nulle.* »

Vous aviez formé une demande contre moi.

Et je consens à faire avec vous une transaction.

Mais, au moment où nous transigeons, un jugement passé en force de chose jugée m'avait renvoyé de la demande; et j'ignorais ce jugement !

La transaction sera nulle.

Pourquoi ?

Sans aucun doute, parce que ce n'est pas *volontaire-*

nent que j'ai consenti aux concessions, que j'ai pu vous faire; parce que j'ai cru, au contraire, que je pouvais y être contraint par une décision judiciaire.

Et si, maintenant que mon erreur est reconnue, la répétition de ce que je vous ai payé m'était refusée, je me trouverais avoir payé une prétendue obligation naturelle, dont je n'ai pas reconnu l'existence à ma charge, et contre laquelle, au contraire, je proteste aujourd'hui par mon action en répétition.

Qui ne voit, d'ailleurs, que la doctrine dissidente n'irait à rien moins qu'à la destruction, à la négation de l'autorité de la chose jugée, puisque, malgré cette chose irrévocablement jugée en effet, et qui est réputée la vérité, elle maintiendrait un payement désormais sans cause!

Oui! sans cause; car l'obligation naturelle, qui pourrait être alors sa seule cause, n'ayant pas été reconnue, n'existe pas aux yeux de la loi!

4° Au point où nous en sommes, est-il nécessaire de répondre à un dernier argument que l'on fait encore contre notre thèse?

S'il est vrai, dit-on, que la répétition ne sera refusée, aux termes de l'article 1235, que dans le cas où le payement aura été fait en connaissance de cause par celui qui savait n'être pas obligé civilement, peu importe alors qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'obligation naturelle; car, même en l'absence de toute espèce d'obligation, la répétition n'est pas admise au profit de celui qui a fait un prétendu payement, sachant qu'il ne devait rien!

Nous répondons :

D'abord, qu'il n'est pas exact de dire, d'une manière absolue, que la répétition ne soit pas admise de ce qui aurait été sciemment payé sans aucune cause, ni civile, ni naturelle; et qu'il peut arriver, au contraire, qu'elle soit admise même dans ce cas, comme nous croyons pouvoir plus tard le démontrer;

En second lieu, qu'en admettant même que la répétition ne soit jamais admise, il y aurait toujours une différence considérable entre le cas où le payement est tout à fait dépourvu de cause, et le cas où il a pour cause une obligation naturelle; c'est que, dans le premier cas, le prétendu payement n'est qu'une donation; tandis que, dans le second cas, c'est un payement véritable, comme serait le payement d'une obligation civile. (Comp. *supra*, n° 33.)

Nous concluons donc que le mot: *volontairement*, dans l'article 1235, signifie en connaissance de cause, avec l'intention d'acquitter une obligation simplement naturelle. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 174 *bis*, XI et XII; Marcadé, art. 1235, III; Mourlon, *Répét. écrit*, t. II, p. 687; Larombière, t. III, art. 1235, n° 8.)

48. — Le seul effet, que l'article 1235 attache à l'acquittement volontaire d'une obligation naturelle, c'est que *la répétition n'est pas admise.*

Ces termes sont à noter!

L'article ne dit pas que le payement volontaire d'une obligation naturelle la transforme en une obligation civile, et lui en imprime la force coercitive.

Non! il se borne à dire, ce qui est bien différent! que ce qui a été payé ne peut pas être répété.

L'obligation conserve donc toujours, *après* comme *avant*, son caractère!

« L'obligation naturelle, a dit M. Bigot-Préameneu, ne devenant un lien civil que par une induction tirée du payement, cette obligation ne peut avoir d'autre effet, que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé.... » (*Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 365.)

De là résultent les conséquences suivantes :

49. — I. Le payement partiel d'une obligation naturelle n'autoriserait pas celui, qui l'a reçu, à exercer une action pour contraindre celui, qui l'a fait, à payer le

surplus de cette obligation. (Comp. Cass., 25 oct. 1808, Sirey, 1811, I, 323; Cass., 27 juill. 1818, Sirey, 1819, I, 126; Angers, 31 juill. 1822, Sirey, 1823, II, 30; Orléans, 23 avril 1842, la ville de Caen, Dev., 1843, II, 283; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 6-7; Larombière, t. III, art. 1235, n° 8; *voy.* pourtant Toullier, t. VI, nos 186, 391, 392.)

50. — II. Si une obligation naturelle avait été acquittée par la dation en payement d'un immeuble, ou même sous la forme d'un contrat de vente avec compensation, le prétendu acquéreur ne pourrait pas, en cas d'éviction, exercer une action en garantie contre le prétendu vendeur.

Cette doctrine, que Pothier enseignait, relativement à la dette de jeu, nous paraît également applicable à l'obligation naturelle; et la raison qu'il en fournit, le démontre!

« La raison est, dit-il, que ce serait donner indirectement action pour les dettes de jeu; ce que les lois civiles défendent. » (*Du Contrat de jeu*, n° 193; ajout. L. 2, § 1er, ff. *Quarum rerum actio non detur.*)

Le payement, ainsi fait, ne vaut donc que ce qu'il peut valoir, tel qu'il a été fait.

On ne pourrait en pousser plus loin les conséquences, sans dépasser *la volonté* de celui qui a payé, et, par conséquent, sans détruire la cause même du seul effet, que la loi y attache! (Comp. Troplong, *des Contrats aléatoires*, art. 1967, n° 194; Larombière, t. III, art. 1235, n° 8.)

II.

PAR QUI LE PAYEMENT PEUT ÊTRE FAIT.

SOMMAIRE.

51. — Exposition. — Division.
52. — *a.* Le payement peut être fait par le débiteur lui-même.
53. — *b.* Le payement peut être fait par un tiers, qui est intéressé à l'extinction de la dette.

54. — *c*. Le payement peut être fait par un tiers, qui n'y est point intéressé, et qui vient payer la dette au nom et en l'acquit du débiteur.
55. — Suite. — Explication.
56. — Suite.
57. — Suite.
58. — Suite. — Un tiers, qui n'est point intéressé à l'extinction de la dette, peut-il en faire le payement, malgré l'opposition du débiteur, *invito debitore?*
59. — Suite.
60. — Suite.
61. — *d*. Le payement peut être fait par un tiers, qui n'y est point intéressé, et qui vient payer, non pas au nom du débiteur, mais en son propre nom.
62. — Suite.
63. — Suite.
64. — Suite.
65. — Suite.
66. — Suite.
67. — Un tiers ne peut pas forcer le créancier à recevoir son payement, lorsque celui-ci a intérêt à ce que l'obligation soit acquittée par le débiteur lui-même. — Dans quels cas cet intérêt existe-t-il pour le créancier?
68. — Suite.
69. — Suite.
70. — Suite.
71. — Suite.
72. — Suite.
73. — Suite.
74. — Suite.
75. — Suite.
76. — Suite.
77. — Suite.
78. — Suite.
79. — Des rapports, que le payement crée, entre le tiers, qui a payé, et le débiteur, qu'il a libéré par son payement. — Exposition.
80. — *a*. Le tiers, qui a payé, a-t-il, dans tous les cas, un recours contre le débiteur, pour le recouvrement de son avance?
81. — *b*. Quelle est la cause de ce recours? et son étendue?
82. — *c*. Quelle preuve le tiers doit-il fournir à l'appui de ce recours?
83. — Le tiers, qui paye la dette d'un autre, agira prudemment, en avertissant le débiteur du payement par lui fait en son acquit.
84. — Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement et capable de l'aliéner. — Exposition. — Division.
85. — I. Dans quels cas cette disposition de l'article 1238 est-elle applicable?
86. — Suite.
87. — II. Dans les cas où la disposition de l'article 1238 est applicable, quelles en sont les conséquences?

51. — L'article 1236 est ainsi conçu :

« Une obligation peut être acquittée par toute personne, qui y est intéressée, telle qu'un co-obligé ou une caution.

« L'obligation peut même être acquittée par un tiers, qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

De ce texte, il résulte que l'obligation peut être payée:

a. — Par le débiteur;

b. — Par un tiers, qui y est intéressé;

c. — Par un tiers, qui n'y est pas intéressé, et qui agit au nom du débiteur;

d. — Par un tiers, qui n'y est pas intéressé, et qui agit en son nom propre.

Les deux premiers cas et même aussi le troisième sont très-simples.

Il n'en est pas ainsi du quatrième; et nous allons voir qu'il est difficile de pénétrer le sens, tout au moins obscur, de la rédaction de notre article sur ce dernier cas.

Aussi, a-t-il donné lieu à des interprétations très-diverses.

52. — *a.* Et d'abord, que le payement puisse être fait par le débiteur lui-même, cela est d'évidence !

C'est l'hypothèse ordinaire et toute naturelle.

L'article 1236 sous-entend même, pour lui, le droit de payer plutôt qu'il ne l'exprime.

Le droit de payer, disons-nous; car c'est de cela qu'il s'agit, ou en d'autres termes, du droit de contraindre le créancier à recevoir ce qui lui est dû, et de lui faire, en cas de résistance, des offres réelles suivies de consignation (art. 1257.)

L'intérêt du débiteur à éteindre sa dette et à obtenir sa libération, n'a pas besoin d'être démontré (comp. *infra*, n° 55.)

53. — *b.* C'est le même motif, qui explique pourquoi un tiers, qui y est intéressé, a également le droit de payer, c'est-à-dire de contraindre le créancier à recevoir.

Exposé qu'il est à des poursuites, de la part du créancier, soit directement comme la caution, ou le co-débiteur d'une obligation solidaire ou indivisible, soit indirectement, comme le détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette, on ne saurait, sans injustice, lui refuser le droit réciproque et corrélatif de se soustraire à ce danger, en éteignant l'obligation.

Sa position est même d'autant plus favorable, qu'il n'est tenu, lui ! que pour un autre, et que ce n'est pas sa propre dette, qu'il acquitte.

Voilà bien pourquoi la loi le subroge, de plein droit, à la créance qu'il paye, afin d'assurer le recouvrement de la créance nouvelle, qui naît, à son profit, de ce payement contre le débiteur, qu'il a libéré (art. 1250, 1251, 2° et 3°).

54. — *c.* Le troisième cas est celui d'un tiers, qui n'y est point intéressé, et qui vient payer la dette, au nom et en l'acquit du débiteur.

Il le peut ! il peut forcer le créancier à recevoir, et lui faire, en cas de résistance, des offres réelles, suivies de

consignation, tout aussi bien que s'il était lui-même intéressé au payement !

Mais déjà, il faut reconnaître que la légitimité de ce droit n'apparaît pas avec le même caractère d'évidence.

Oh ! sans doute, si le tiers se présente comme mandataire, légal ou conventionnel, du débiteur, l'explication est facile.

C'est le débiteur lui-même alors, qui est réputé faire le payement, par l'entremise de ce tiers, qui le fait en son nom, comme son fondé de pouvoir.

Nous retournons alors au premier cas, que nous avons déjà vu (*supra*, n° 52).

Nous ne sommes pas dans le troisième cas, qui nous occupe en ce moment.

55. — Ce troisième cas, que notre texte prévoit, paraît bien être, en effet, celui où un tiers, sans aucun intérêt pour lui-même, et sans aucun mandat du débiteur, vient payer le créancier.

Eh bien ! disons-nous, ce tiers a le droit de payer, *par intervention ;*

Et cela, non pas seulement en matière commerciale (art. 158, Cod. de comm.), mais aussi en matière civile (art. 1236).

Pourquoi donc ? et comment le créancier, s'il ne veut pas recevoir, n'est-il pas fondé à lui dire :

« De quoi vous mêlez-vous ? l'affaire, qui existe entre mon débiteur et moi, ne vous regarde pas ! ce payement, d'ailleurs, que vous prétendez faire, ne terminerait rien, puisque, en libérant le débiteur envers moi, il l'obligerait envers vous ! »

L'objection ne laisse pas que d'être vive.

Et Pothier convient que *cette question souffre plus de difficulté.* (N° 500.)

Pourtant, il admet aussi que, même dans ce cas, le tiers peut forcer le créancier à recevoir son payement.

La loi 72, § 2, au Digeste, *de Solutionibus*, décidait que les offres faites au créancier, par toute personne, même à l'insu du débiteur, constituaient le créancier en demeure.

L'Ordonnance de 1673, titre V, article 3, décidait de même que, en cas de protêt, les lettres de change peuvent être payées par quelque personne que ce soit.

Et, généralisant cette doctrine, Pothier pose comme règle de droit civil que le tiers, sans mandat et sans intérêt, peut forcer le créancier à recevoir, parce qu'il est toujours permis d'améliorer la condition d'une personne, même à son insu.

La gestion d'affaires n'a pas d'autre origine! (Art. 1374.)

Et c'est précisément par l'une des applications de ce quasi-contrat, qu'un tiers, sans mandat, peut faire un payement au nom du débiteur.

Mais il faut que la gestion d'affaires soit utile! or, le payement fait par un tiers n'est pas utile au débiteur, puisqu'il n'a pour résultat que d'opérer un changement dans la personne de son créancier!

La réponse est bien simple.

Supposons, en effet, d'abord, que le tiers, qui paye au nom et en l'acquit du débiteur, agisse dans une pensée libérale, *donandi animo*, sans vouloir exercer une action en répétition contre lui; voilà, certes, un payement qui est utile au débiteur, puisqu'il le libère définitivement, *sans bourse délier*.

Mais, lors même que le tiers, qui paye au nom et en l'acquit du débiteur, entend exercer un recours, le payement, qu'il fait, peut encore lui être utile.

Car, ce n'est pas seulement un changement de créancier qui va s'opérer;

C'est un changement d'obligation! (Comp. *infra*, nos 65 et 81.)

Le payement fait par le tiers éteindra l'obligation du débiteur envers son créancier

Et il pourra, en conséquence, lui être très-secourable, soit en éteignant, du même coup, les accessoires aggravants, tels que les cautions, priviléges ou hypothèques, dont elle serait accompagnée, soit en le délivrant d'un créancier *fâcheux, qui le moleste,* comme disait Renusson (*de la Subrogation*, n° 15), et qui ne refuse peut-être le payement qu'un tiers lui offre, que pour se ménager la satisfaction méchante de tourmenter son débiteur.

Et puis, enfin, le créancier n'a qu'un intérêt, celui d'être payé !

De quel droit, à son tour, s'y refuserait-il, dès que ce payement lui est fait par quelque personne que ce soit, dans les mêmes conditions, où il pourrait être fait par le débiteur lui-même ?

« Ne serait-il pas injuste, disait M. Jaubert, dans son Rapport au Tribunat, que le créancier pût malicieusement conserver la faculté de tourmenter son débiteur, qu'un fils ne pût éteindre l'obligation de son père, un père celle de son fils, un ami l'obligation de son ami, un homme bienfaisant celle d'un infortuné ou d'un absent ! » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 462.)

56. — Mais voici le créancier, qui prétend que ce payement, qu'un tiers non intéressé veut faire au nom et en l'acquit du débiteur, ne procurerait à celui-ci aucun avantage !

La dette est purement chirographaire, sans hypothèque, ni privilége, ni cautionnement ;

Et le créancier laisse son débiteur tranquille.

Ou la dette n'est pas exigible ; c'est une rente perpétuelle, dont le tiers sans mandat prend sur lui de vouloir faire le remboursement, de manière à aggraver la position du débiteur, en transformant en un capital exigible un capital non exigible.

Est-ce que, en de telles circonstances, le tiers pourrait forcer le créancier de recevoir le payement ? ce payement, qu'il n'offre peut-être à un créancier indulgent, que pour

se montrer plus rigoureux que lui, ou pour se ménager à lui-même un bon placement de ses fonds ?

L'objection paraît plus pressante encore.

Et la manière dont Pothier s'exprime, y ajoute une certaine gravité :

« ... Les offres faites au créancier, par quelque personne que ce soit, au nom du débiteur, de recevoir le payement de ce qui lui est dû, sont valables, dit-il, et constituent le débiteur en demeure, *lorsque le débiteur a intérêt à ce payement ;* comme lorsque ces offres sont faites pour arrêter les poursuites, que ce créancier aurait commencées, ou lorsqu'elles sont faites pour arrêter le cours des intérêts ou pour éteindre les hypothèques. *Mais si le payement offert ne procurait aucun avantage au débiteur, et n'avait d'autre effet que de lui faire changer de créancier, ces offres ne devraient pas être écoutées.* » (N° 500.)

L'excellent auteur invoque, en ce sens, Dumoulin. (*De Usuris*, quest. 45 ; ajout. Basnage, *des Hypothèques*, chap. xv, p. 353.)

De là est venue la doctrine moderne de quelques jurisconsultes qui enseignent, en effet, que le créancier est fondé à refuser le payement qui lui est offert par un tiers, *lorsqu'il n'en résulte pas*, dit Toullier, *un avantage pour le débiteur* (t. IV, n° 11 ; comp. Delvincourt, t. II, p. 154, note 2).

57. — Mais nous croyons que cette doctrine est inadmissible :

1° Le texte de l'article 1236 la repousse d'abord formellement. Ce texte est, en effet, absolu ; il ne subordonne à aucune condition le droit qu'il accorde au tiers de payer le créancier, au nom et en l'acquit du débiteur.

Il résulte d'ailleurs aussi du dernier alinéa de cet article que le tiers, qui agit *en son nom propre,* peut forcer le créancier à recevoir, pourvu seulement qu'il ne demande pas à être subrogé à ses droits.

Or, comment le même droit, qui est accordé au tiers

qui agit *en son nom propre*, ne serait-il pas accordé au tiers qui agit *au nom du débiteur*, et qui est encore plus favorable, puisque la manière même dont il agit, témoigne, en effet, de sa plus grande bienveillance pour le débiteur!

2° La doctrine, que nous combattons, restreindrait, au contraire, singulièrement l'application de l'article 1236, dont les termes sont si généraux. Ce qui en résulterait, en effet, c'est que le créancier pourrait refuser son payement d'un tiers, toutes les fois à peu près que la dette serait sans privilége, ni hypothèque, ni cautionnement; or, le nombre de ces sortes de dettes est, certes, très-considérable!

3° Et puis, enfin, qui ne voit toutes les difficultés d'application, dans lesquelles nous serions jetés, si le droit, pour le tiers, de forcer le créancier à recevoir son payement, était subordonné à la preuve que ce payement va procurer un avantage au débiteur! difficultés de fait, dont l'appréciation serait toujours difficile et souvent même impossible.

Aussi, le législateur a-t-il considéré que, généralement, la libération est favorable, et qu'il convenait de présumer, de plein droit, que le tiers, qui vient payer au nom du débiteur et qui fait pour celui-ci une avance, ne se décide à la faire que pour lui être utile. (Comp. *infra*, n° 455.)

Et, généralement en effet, cette avance sera utile au débiteur, qui y gagnera toujours du moins un certain délai; car il n'est guère supposable que le tiers ne la fasse que pour en poursuivre, *hic et nunc*, le remboursement!

Cette présomption donc n'a rien que de naturel dans les rapports du tiers avec le créancier.

Et elle n'offre aucun inconvénient dans les rapports du tiers avec le débiteur, dont la position ne saurait, en aucun cas, être aggravée par le fait de ce tiers. (Comp.

infra, n[os] 80-82; Duranton, t. XII, n° 16; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 101; Massé et Vergé, t. III, p. 418; Colmet de Santerre, t. V, n° 175 *bis*, IV et V; Larombière, t. III, n° 3.)

58. — Il n'y a qu'un moyen, pour le créancier, d'empêcher que le tiers le contraigne à recevoir son payement.

Nous croyons, en effet, que ce moyen existe, et qu'il est juste de le lui reconnaître.

C'est d'interpeller le débiteur et de lui demander de s'opposer lui-même, de son côté, à ce que le tiers fasse le payement en son nom et en son acquit.

Mais est-ce que le payement ne peut pas être fait par un tiers, non-seulement à l'insu et sans le consentement du débiteur, mais encore malgré lui, et nonobstant sa résistance?

Telle était, en effet, la doctrine ancienne, que Gaius, en droit romain, exprimait ainsi :

« Solvere *pro invito* et ignorante cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis *inviti que* meliorem conditionem facere. » (L. 53, ff. *de Solutionibus*.)

Pothier, dans notre ancien droit, n'était pas moins explicite :

« Le payement est valable, disait-il, quelque personne que ce soit qui le fasse, quand même elle n'aurait aucun pouvoir du débiteur, *quand même elle ferait ce payement, malgré lui....* » (n° 499; ajoutez n° 468).

Que faut-il décider, dans notre droit nouveau?

Nous avons toujours, jusqu'à présent, supposé seulement le refus du créancier; le débiteur n'était pas en scène; il ignorait; ou bien, s'il n'ignorait pas, il s'abstenait.

Mais le voici maintenant qui paraît! et c'est lui-même qui proteste contre le payement qu'un tiers veut faire en son nom et en son acquit!

Le tiers a-t-il le droit de faire le payement, malgré le

débiteur.... *nolente et specialiter prohibente?* (L. 24, Cod. *de Negot. gest.*)

Il est remarquable que notre Code ne s'est pas expliqué sur le cas, qui nous occupe ; et quoique la disposition de l'article 1236 soit empruntée au passage de Pothier, que nous venons de rappeler, le législateur s'est abstenu de dire que le payement pourra être fait par un tiers, au nom du débiteur, même *malgré lui.*

Dans ce silence du texte, c'est d'après les principes généraux que cette question nous paraît devoir être décidée.

Or, d'après les principes, nous croyons qu'il faut faire une distinction :

Ou le débiteur est d'accord avec le créancier pour s'opposer au payement, que le tiers veut faire ;

Ou le débiteur seul s'oppose à ce payement, tandis que le créancier consent à le recevoir.

59. — Dans le premier cas, il est certain, à notre avis, que le tiers ne saurait triompher de la commune résistance du débiteur et du créancier.

Le silence de notre texte fournit d'abord, contre lui, un argument significatif ; car le texte ne met en scène que le tiers et le créancier ; il en résulte, tout au moins, que s'il ne refuse pas, dans tous les cas, au tiers, le droit de payer malgré le débiteur, il ne lui accorde pas non plus ce droit dans tous les cas.

En raison d'ailleurs, et, en équité, la prétention du tiers est alors véritablement exorbitante ! de venir, de sa propre autorité, s'interposer entre le débiteur et le créancier ; de briser la relation, qui les unit, et dans laquelle ils sont d'accord pour demeurer ; et de se substituer, lui ! un étranger, un intrus, dont le débiteur ne veut pas, au créancier, que le débiteur a choisi, et qu'il préfère !

C'est assurément là un singulier abus de la règle, que l'on peut améliorer la condition d'une personne, malgré elle !

Cette règle, en effet, est loin d'être absolue!

Elle n'est, d'ailleurs, écrite nulle part.

Et tout au contraire, la loi dispose que les donations n'ont d'effet que lorsqu'elles sont acceptées (art. 894, 932).

Arrière donc ce bienfaiteur à outrance! (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 175 *bis*, X; Mourlon, *de la Subrogation*, p. 202.)

60. — Mais, au contraire, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le créancier consent à recevoir son payement du tiers, qui le lui offre, nous pensons que ce tiers peut payer, malgré le débiteur.

La doctrine ancienne nous paraît alors, en effet, très-juridique.

Vous vous opposez à ce que votre créancier reçoive le payement, que je lui offre.

Payez-le donc vous-même!

Mais non! vous ne le payez pas; vous lui refusez ou vous lui faites attendre la satisfaction, qui lui est due!

Et c'est dans cette situation que vous prétendez vous opposer à ce qu'il reçoive cette satisfaction d'un tiers, qui veut bien la lui fournir.

L'intérêt du créancier à ce que ce payement puisse être fait, est certes très-légitime.

Mais ou donc est le légitime intérêt du débiteur à s'y opposer! (Comp. *infra*, n° 81; Toullier, t. IV, n°s 10 et 12; Duranton, t. XII, n°s 18 et 19; Larombière, t. III, art. 1236, n° 3.)

61. — *d*. Nous arrivons au quatrième et dernier cas, dans lequel un tiers a le droit de payer, et, par conséquent, le droit de forcer le créancier à recevoir.

C'est le cas où le tiers non intéressé vient payer, non pas *au nom du débiteur*, mais *en son nom propre* (art. 1236).

L'espèce est tout d'abord, il faut bien l'avouer, singulière.

Je veux payer votre dette à vous, en mon nom propre, à moi!

Eh! pourquoi donc pas en votre nom, puisque c'est votre dette!

Aussi, Pothier ne paraît-il pas avoir prévu ce cas; s'il admet que le payement peut être fait par une personne étrangère, c'est, dit-il, *pourvu qu'elle le fasse au nom et en l'acquit du débiteur.*

Et il ajoute :

« .... Si le payement n'était pas fait *au nom du véritable débiteur*, il ne serait pas valable.... » (n° 499).

Quoi qu'il en soit, ce qui est toujours indispensable, c'est que le payement fait par un tiers, soit fait *en l'acquit du débiteur.*

Car si le tiers payait, en son nom propre, la dette d'un autre, croyant que cette dette est la sienne, ce payement ne serait pas valable, et n'éteindrait pas la dette du véritable débiteur (comp. art. 1377).

Eh bien! donc, ce tiers vient payer, en son nom propre, à Paul la dette dont Pierre est tenu envers lui.

Paul, le créancier, peut être forcé par lui de recevoir le payement.

Pourquoi faire ce payement, en son nom propre, et non pas au nom du débiteur?

Afin peut-être de bien constater qu'il n'entend faire qu'une avance, et de s'en assurer d'autant mieux la répétition (comp. art. 1375).

62. — Le législateur, toutefois, en autorisant le tiers à payer *en son nom propre*, y a mis une condition :

« .... *Pourvu*, dit l'article 1236, qu'*il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.* »

Formule énigmatique, qui a donné beaucoup de mal aux interprètes!

A l'entendre, en effet, dans le sens qu'elle présente, à première vue, grammaticalement, on arriverait à une conclusion, de tous points, inadmissible!

Ce qui en résulterait, c'est que le tiers, qui paye la dette en son nom propre, ne pourrait pas être subrogé

aux droits du créancier; c'est, en un mot, que la subrogation aux droits du créancier serait incompatible avec le payement fait par un tiers, en son nom propre.

Or, tout au contraire, il est incontestable, d'après les textes de notre Code, comme d'après les principes, que le tiers, qui paye la dette d'un autre, de quelque manière que ce soit, peut être subrogé aux droits du créancier.

Aux termes de l'article 1249, la subrogation dans les droits du créancier, au profit d'une tierce-personne, qui le paye, est conventionnelle ou légale.

Et, aux termes de l'article 1250, la subrogation conventionnelle peut avoir lieu, aussi bien par un accord entre le tiers qui paye et le créancier, que par un accord entre le tiers et le débiteur :

« 1° Lorsque le créancier, *recevant son payement d'une tierce-personne*, la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques, contre le débiteur.... »

Donc, le payement fait par un tiers, en l'acquit du débiteur, soit au nom de celui-ci, soit en son nom propre (l'article 1250 ne fait aucune distinction), ce payement, disons-nous, peut être fait avec subrogation.

Donc, le tiers, payant même en son nom propre, peut être subrogé conventionnellement par le créancier.

Le créancier pourrait consentir, au profit d'un tiers, la vente de sa créance, qui comprend, de plein droit, toutes les garanties qui y sont attachées (art. 1692, 2112).

A plus forte raison, peut-il recevoir le payement d'un tiers, en consentant à le subroger.

On ne pourrait donc donner à cette formule de l'article 1236 une telle acception, sans la mettre en contradiction avec l'article 1250.

Ajoutons que *la subrogation*, loin d'être incompatible avec *le payement*, y est, au contraire, essentiellement subordonnée, de même que l'effet est subordonné à sa cause.

63. — Mais alors, que signifient ces mots de l'article 1236?

Deux interprétations en ont été fournies.

Et, chose notable ! chacune d'elles prétend trouver sa base dans les travaux préparatoires du Code.

L'une invoque l'opinion exprimée par M. Bigot-Préameneu ;

L'autre invoque l'opinion exprimée par M. Jaubert.

64. — Dans l'*Exposé des motifs*, M. Bigot-Préameneu a dit :

« L'obligation peut être acquittée par un tiers, qui n'y a aucun intérêt, lorsqu'il agit au nom et en l'acquit du débiteur. *Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un payement ; c'est un transport de l'obligation.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 365.)

Et de là est venue la première interprétation, d'après laquelle ces mots de l'article 1236 auraient seulement pour but de déterminer d'avance le caractère de la subrogation :

« Le payement ne serait ni extinctif ni libératoire, dit M. Larombière, si le tiers, payant en son nom, se faisait subroger aux droits du créancier. Le débiteur changerait de créancier ; mais il demeurerait dans les liens de l'obligation primitive. *La loi ne veut pas dire autre chose, lorsqu'elle dispose que le tiers, s'il paye en son nom, ne doit pas se faire subroger aux droits du créancier.* » (T. III, art. 1236, n° 8 ; comp. Toullier, t. III, n° 9 ; Duranton, t. XII, n° 15 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 501 ; Marcadé, art. 1236, n° 2.)

Mais une telle explication ne nous paraît pas satisfaisante.

Cette déclaration anticipée serait, en effet, dans l'article 1236, un hors-d'œuvre ; il ne s'agit point ici de la subrogation ni de son caractère ; le législateur ne doit s'en occuper que dans un autre paragraphe ; et il est peu vraisemblable qu'il ait songé à faire, sur ce point, une réserve purement théorique.

Nous le croyons d'autant moins, que cette qualification prématurée du caractère scientifique de la subrogation, serait, à notre avis, inexacte. C'est une remarque que nous avons déjà faite (n° 62), et dont la vérité sera bientôt démontrée, que l'idée de payement est parfaitement conciliable avec l'idée de subrogation ; à ce point que la subrogation, en effet, ne peut naître que du payement.

La preuve en est, sous nos yeux, dans l'article 1236 lui-même.

Cet article, en effet, dispose que le payement peut être fait par un tiers intéressé à l'acquittement de la dette, tel qu'un co-obligé ou une caution ;

Or, le co-obligé ou la caution est subrogé légalement aux droits du créancier ; et cela, bien entendu, de quelque manière qu'il paye, soit au nom du débiteur, soit en son nom propre, comme il le peut et comme il le fait toujours (art. 1251, 3°) ;

Donc, le payement fait par un tiers, en son nom propre, n'en est pas moins un payement, lors même que celui qui paye, est subrogé aux droits du créancier.

Tel ne saurait donc être, suivant nous, le vrai sens de cette formule de l'article 1236.

65. — Le sens qu'il faut y attacher, a été, croyons-nous, mieux révélé par M. Jaubert.

« Mais, dans ce cas, disait-il, *le tiers ne peut forcer le créancier à le mettre à son lieu et place* pour les priviléges, les hypothèques et la contrainte par corps. La loi ne veut pas que, *contre le gré du créancier*, un tiers vienne s'interposer pour acquérir le droit de vexer le débiteur ; le tiers n'acquiert alors *qu'une action simple contre le débiteur*, qui est entièrement libéré de l'obligation primitive. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 460-462.)

Voilà, suivant nous, la véritable explication de notre texte.

Ainsi expliqué, ce qu'il dit est très-simple.

Ce qu'il se borne à dire, en effet, c'est que le tiers, qui

a le droit de payer le créancier et de le forcer, par conséquent, à recevoir, n'a pas, en même temps, le droit de forcer le créancier à le subroger à ses droits :

1° Cette interprétation a d'abord l'avantage que, loin d'être un hors-d'œuvre, elle rentre tout à fait dans la pensée dominante qui a inspiré le législateur dans l'article 1236, et dans l'ordre d'idées où il s'est ici placé.

Quel est le but de l'article 1236?

C'est de décider le point de savoir dans quels cas un tiers peut payer, c'est-à-dire, comme nous avons eu soin de l'expliquer tout d'abord, dans quels cas un tiers peut forcer le créancier à recevoir; or, il est parfaitement logique de décider, à cette place, que le tiers qui peut forcer le créancier à recevoir, ne peut pas forcer le créancier à le subroger à ses droits.

2° Ajoutons que la disposition, ainsi entendue, est très-conforme aux principes.

Le principe général, c'est que le payement, par quelque personne qu'il soit fait, par le débiteur, ou par un tiers, agissant soit au nom du débiteur, soit en son nom propre; c'est, disons-nous, que le payement éteint la dette, et avec la dette, tous ses accessoires, priviléges, hypothèques, gages ou cautionnements.

Si c'est un tiers qui a payé, la créance en recours, qui naît à son profit de ce payement même, est une créance nouvelle, distincte de la créance ancienne, et qui a pour cause, suivant les cas, le mandat, le cautionnement, la gestion d'affaires;

Créance simple, comme dit M. Jaubert, et qui n'est garantie par aucune des sûretés qui garantissaient la créance éteinte et qui se sont éteintes avec elle.

A ce principe, il est vrai que la subrogation apporte une exception notable.

Mais la subrogation ne peut être que légale ou conventionnelle (art. 1249);

Or, nous ne sommes dans aucun cas de subrogation

légale, puisqu'il s'agit d'un tiers, qui vient payer sans aucun intérêt pour lui-même (art. 1251);

D'autre part, nous ne sommes non plus dans aucun cas de subrogation conventionnelle, puisque cette subrogation ne peut avoir lieu que par l'accord du tiers qui paye, soit avec le débiteur, soit avec le créancier (art. 1251), et que nous supposons, au contraire, l'abstention du débiteur et la résistance du créancier ;

Donc, il ne se peut pas que le tiers, qui veut payer, ait le droit de contraindre le créancier à le subroger à ses droits !

Est-ce que, en effet, ces droits-là, et les priviléges, et les hypothèques, et les cautionnements, n'appartiennent pas au créancier? est-ce qu'ils ne sont pas des biens qui font partie de son patrimoine?

Assurément oui !

Eh! comment donc alors ce tiers pourrait-il vouloir l'en dépouiller malgré lui, l'en exproprier !

« *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest!* » (L. 2, *de Regul. juris.*)

Payez-moi! vous éteindrez ainsi totalement la créance.

Mais ne prétendez pas me contraindre à vous céder des droits qui m'appartiennent, c'est-à-dire à m'imposer une *convention*, à laquelle je ne veux pas consentir !

Avec un tel système, nous nous verrions engagés dans un *engrenage* sans fin de subrogations successives!

Où serait, en effet, l'obstacle à ce que je vinsse, le lendemain ou même seulement une heure après le payement avec subrogation, que vous m'auriez forcé de recevoir, vous forcer, à mon tour, de recevoir votre payement avec subrogation?

Est-ce que je ne serais pas, moi aussi, devenu un tiers, après le payement que vous m'auriez fait?

Et par le même motif, vous pourriez, vous-même, redevenu un tiers, après le payement que je vous aurais fait, recommencer contre moi la même manœuvre.

Voilà où conduirait le droit, pour un tiers, d'obtenir la subrogation, *contre le gré du créancier!* à une série de subrogations se succédant alternativement sans issue! (Comp. *infra*, n° 478.)

66. — Cette démonstration nous paraît péremptoire. Et il est d'évidence qu'elle comprend tous les cas où un tiers sans intérêt paye la dette d'un autre; non-seulement donc le cas où il la paye en son nom propre, mais aussi le cas où il la paye au nom du débiteur.

Mais alors pourquoi l'article 1236 n'applique-t-il ces mots : *pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*, qu'au cas où le tiers vient payer en *son nom propre?*

La rédaction n'est pas irréprochable; car il semble en résulter que cette restriction ne devrait être appliquée que dans le second cas, c'est-à-dire *que s'il agit en son nom propre.*

Mais les principes et les autres textes du Code résistent à toute distinction de ce genre.

Et nous croyons, d'ailleurs, qu'il n'est pas impossible d'expliquer le motif de cette différence dans la rédaction de notre texte.

Le motif en est sans doute dans l'intention différente que le législateur suppose chez le tiers, qui paye *au nom du débiteur*, et chez le tiers, qui paye *en son nom propre.*

Pour le premier, le législateur présume qu'il agit dans l'intérêt du débiteur; et, s'il ne déclare pas que le tiers ne peut pas forcer le créancier à le subroger à ses droits, ce n'est pas qu'il l'y autorise; c'est seulement que la pensée ne lui est pas venue que ce tiers qui paye au nom et en l'acquit du débiteur, et qui veut lui rendre un service, tenterait d'élever une telle prétention.

La pensée, au contraire, en est venue au législateur, à l'encontre du tiers, qui paye *en son nom propre;* cette façon d'agir a éveillé, nous ne dirons pas sa défiance, mais du moins son attention; il a craint que celui-ci,

au lieu de faire l'affaire du débiteur, ne voulut faire *son affaire propre;* et c'est là vraisemblablement ce qui explique le soin qu'il a cru devoir prendre de déclarer, pour ce cas, que le tiers ne pourrait pas obtenir la subrogation contre le gré du créancier;

C'est à-dire, finalement, que le législateur n'a cru au caractère désintéressé et secourable de cette intervention du tiers, que dans le cas où il offre de faire, dans l'intérêt du débiteur, une avance, sans exiger des garanties exceptionnelles de recouvrement.

Il est bien entendu que nous ne nous occupons que des matières civiles. La règle est différente, ou du moins elle comporte de notables exceptions dans les matières commerciales (comp., art. 158, 159 et 187 du Code de commerce).

Le danger que le législateur a voulu prévenir en matière civile, pourrait être, en effet, sérieux!

J'ai sur Paul une créance garantie par une bonne hypothèque.

Et voilà que Pierre, à la recherche d'un placement sûr pour un capital qui l'embarrasse, vient, dit-il, me payer la dette de Paul, en me demandant la subrogation à mon hypothèque.

N'est-il pas clair que Pierre pourrait n'avoir d'autre but que de trouver un emploi de ses fonds et de se substituer à moi par un payement qui, sans doute, éteindrait la créance que j'ai sur Paul, mais qui, en garantissant, par la subrogation, la créance nouvelle, que Pierre acquerrait contre lui, n'en atteindrait pas moins, à sa très-suffisante satisfaction, le but égoïste qu'il se propose?

Eh bien! voilà ce que la loi n'a pas voulu permettre.

Dans les cas où elle a jugé que le tiers, qui paye, méritait d'être subrogé aux droits du créancier, elle a prononcé, à son profit, la subrogation de plein droit (art. 1249, 1251; comp. *infra*, n° 452).

Mais, en dehors des cas de subrogation légale, elle

n'admet que la subrogation conventionnelle, c'est-à-dire celle qui résulte d'un accord du tiers qui paye, soit avec le débiteur, soit avec le créancier (art. 125).

Telle est, à notre avis, l'explication vraie de cette disposition de l'article 1236 (comp. Mourlon, *De la Subrogation*, p. 195 et suiv.; Colmet de Santerre, t. V, n° 175 *bis*, VI et VII).

67. — Le principe qu'un tiers peut forcer le créancier à recevoir son payement, est, avons-nous dit, fondé sur le défaut d'intérêt du créancier à le refuser. (*Supra*, n° 54.)

Il ne saurait donc être appliqué dans le cas, au contraire, où cet intérêt existe pour le créancier.

L'exception est consacrée par l'article 1237 en ces termes :

« L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. »

Dans quels cas le créancier a-t-il intérêt à ce que l'obligation de faire soit exécutée par le débiteur?

Une distinction résulte tout naturellement du caractère du fait promis :

Ou l'obligation a pour objet un fait, une œuvre d'art, par exemple, pour l'exécution duquel le créancier a pu prendre en considération la personne du débiteur, son talent, sa science, sa réputation;

Ou l'objet de l'obligation n'est qu'un fait, un travail vulgaire, par exemple, pour l'exécution duquel la personne du débiteur n'a pas dû être, dans la pensée du créancier, une considération déterminante.

68. — Dans le premier cas, il est clair qu'un tiers ne saurait venir, contre le gré du créancier, se substituer au débiteur avec lequel il a personnellement traité.

Paul, qui est peintre, s'est obligé à me faire un tableau; — Pierre, qui est architecte, s'est obligé à me faire un plan; — ou Joseph, qui est avocat, s'est obligé à faire un mémoire dans un procès qui me concerne.

Est-ce qu'un tiers quelconque, peintre, architecte, ou avocat, pourrait, malgré moi, prétendre se substituer à mon débiteur, et me faire, en son lieu et place, le tableau, le plan, ou le mémoire, qu'il m'a promis ?

Evidemment non !

Ce n'est pas le fait en soi, *in rem*, le fait abstrait, qui est ici l'objet de l'obligation ; c'est le fait accompli par un certain individu déterminément choisi, *in personam*.

Or, la différence est souvent très-grande, en ces rencontres, entre un *tel et un tel !*

C'est ce qu'Ulpien remarquait excellemment :

« ... *Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturæ, et doctrinæ et institutionis*..... » (L. 31, princ., ff. *de Solut.*; comp. le Tome I, de ce *Traité*, n° 492.)

69. — Et peu importe, dans ce cas, que le débiteur ignore et s'abstienne, ou qu'il se joigne lui-même au tiers, pour forcer le créancier d'accepter le substitué qu'il lui offre !

Le motif, qui autorise le créancier à exiger l'exécution personnelle de ce débiteur, est, en effet, absolu.

70. — C'est pourquoi le créancier ne saurait être forcé d'agréer aucun autre que le débiteur ;

Lors même que ce débiteur affirmerait, plus ou moins modestement, que le tiers substitué, qu'il lui présente, l'égale ou même le surpasse en talent, en expérience, en renommée.

Cette affirmation, fût-elle même conforme à la notoriété publique, ne changerait rien au droit du créancier.

Car son droit est, dans tous les cas, de demander l'exécution du fait, qui lui a été promis ; or, le fait, qui lui a été promis, c'est le fait personnel de Paul, et non pas le fait personnel de Pierre.

Se figure-t-on bien les Tribunaux pesant, dans leur balance, l'habileté, la science, la réputation des artistes ou des auteurs, afin de juger si l'un est égal ou supérieur à l'autre !

Comparaison impossible! dit très-bien M. Colmet de Santerre. (T. V, n° 17, *bis*, I.)

Le législateur n'en a pas voulu *pour les choses!* (art 1243).

A plus forte raison, n'a-t-il pas pu en vouloir *pour les personnes!*

71. — Supposons pourtant que ce n'est pas un tiers non intéressé à l'extinction de l'obligation, qui se présente pour l'exécuter.

C'est un tiers intéressé, un co-obligé, une caution.

Est-ce qu'il ne pourra pas, lui du moins, exécuter, malgré le créancier, le fait promis par le débiteur, qu'il a cautionné?

Certainement non!

Et c'est précisément pour ce cas, qu'Ulpien disait encore :

« .... *Fidejussor ipse... non liberabit reum...* » (L. 31, princ., ff. *de Solut.*)

L'exception, que l'article 1237 apporte à la règle posée par l'article 1236, comprend évidemment, dans la généralité de ses termes, tous les cas auxquels la règle elle-même s'applique ; or, la règle posée par l'article 1236, s'applique au tiers intéressé aussi bien qu'au tiers non intéressé.

Et le texte, ainsi entendu, est l'expression la plus exacte des principes.

Nous venons de rappeler, en effet, que le créancier ne peut être forcé, par qui que ce soit, ni par son débiteur lui-même, ni à plus forte raison, par un tiers intéressé ou non intéressé, de recevoir autre chose que ce qui est l'objet de l'obligation... *aliud pro alio* (art. 1243) ;

Or, ce qui est ici l'objet de l'obligation, ce n'est pas tel fait, telle œuvre, d'une manière absolue ; c'est le fait exécuté par une telle personne déterminée ;

Donc, le co-obligé ou la caution, qui précisément a garanti, envers le créancier, l'exécution de cette obligation, se-

rait encore, s'il est possible, moins fondé que tout autre, à la dénaturer en prétendant l'exécuter lui-même, contre le gré du créancier! (Comp. Duranton, t. XII, n° 21; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 101; Larombière, t. III, art. 1237, n° 1; Colmet de Santerre, t. V, n° 176 *bis*, II.)

72. — Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire lorsque la nature du fait promis est telle, que la personnalité du promettant n'y est pas généralement prise en considération, du moins d'une manière déterminante, la règle reprend son empire; et l'obligation, même celle qui consiste à faire, peut être exécutée par un tiers, malgré le créancier.

Paul, qui est maçon, s'est obligé à me construire un mur; — Pierre, qui est terrassier, s'est obligé à me creuser un fossé.

Qu'est-ce que cela, sinon des travaux manuels, qui peuvent être également bien exécutés par toute personne de l'état ou de la profession, et dont il suffit au créancier que l'exécution soit satisfaisante, d'une manière absolue, par quelque personne d'ailleurs qu'elle soit fournie!

L'exception n'a donc pas lieu pour ce cas; et l'on demeure dans la règle, qui permet à un tiers d'exécuter l'obligation, contre le gré de créancier.

73. — Il en serait autrement, toutefois, s'il avait été spécialement convenu que le fait promis, quoique purement manuel, devrait être exécuté par le débiteur lui-même.

« .... *si hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat...* » (L. 31, princ., ff. *De solut.*)

Cette convention qui est licite, bien entendu, ferait alors la loi des parties (art. 1134).

On rencontre parfois ces sortes de clauses, notamment dans les cahiers des charges relatifs aux adjudications d'entreprises ou de travaux pour le compte des grandes compagnies, des Régies publiques, des Communes, des

Départements, ou de l'État. (Comp. Larombière, t. III, art. 1237, n° I.)

74. — Quoique le texte de l'article 1237 ne mentionne que l'obligation de faire, l'exception, qu'il décrète, devrait aussi être appliquée à l'obligation de donner, s'il était reconnu que le créancier a un intérêt à ce que cette obligation elle-même soit excutée par le débiteur, et non par un autre.

Le motif essentiel, d'où dérive l'exception, l'exige impérieusement ainsi.

Et c'est là d'ailleurs, une interprétation équitable de la commune intention des parties contractantes. (Comp. Paris, 13 mai 1814, Sirey 1815 II, 235; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 101.)

75. — Nous terminerons cette partie de notre sujet, par deux observations, qui sont communes aux quatre hypothèses, dans lesquelles un tiers a le droit de payer la dette, contre le gré du créancier. (Comp. *supra*, n°s 51 et suiv.)

I. D'abord, il est bien entendu que le droit que la loi accorde au tiers, c'est seulement le droit *d'acquitter l'obligation.... de payer* (art. 1236).

D'où il suit qu'il doit, à cet effet, remplir toutes les conditions auxquelles le débiteur lui-même serait soumis pour payer valablement, et pour contraindre, en conséquence, le créancier à recevoir.

C'est ainsi qu'il doit offrir au créancier la chose elle-même, qui lui est due, et non pas une autre (art. 1243; *supra*, n° 71).

Tel est le principe sur lequel est fondée la disposition de l'article 1237.

Nous avons déjà dit qu'il faut la généraliser (*supra*, n° 74).

Paul me doit une somme de 10,000 francs ; et voilà que Pierre prétend acquitter cette dette, en m'offrant *un mandat* sur Joseph.

Cela est impossible !

« Considérant, dit fort justement la Cour de Lyon, que si le payement peut être fait, conformément à l'article 1236 du Code Napoléon, par un tiers agissant en l'acquit du débiteur, ce payement, quand il s'agit de la dette d'une somme d'argent, doit consister en espèces, et non en la remise d'un mandat ou titre quelconque, qui ne ferait qu'impliquer une obligation nouvelle.... » (2 juin 1854, Perret de Neufbourg, Dev., 1855, II, 79; Larombière, t. III, art. 1226, n° 3.)

76. — Mais pourtant si le titre, que le tiers veut donner en payement au créancier, était un titre contre ce créancier lui-même?

Est-ce que la solution qui précède, devrait encore être maintenue?

Paul vous doit une somme de 10,000 fr.

Mais vous! vous me devez, à moi, une somme égale de 10,000 francs.

Je vais donc vous trouver; et je vous déclare que j'entends acquitter la dette de 10,000 francs dont Paul est tenu envers vous, avec la dette de 10,000 francs, dont vous êtes tenu envers moi.

Y suis-je fondé?

Cette question est controversée.

Elle ne l'était pas, il est vrai, en Droit romain; car Papinien la décidait nettement, par la négative :

« *Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo qui convenitur, proprium debitum velit compensare.* » (L. 18, § 1, ff. *De compens.*)

Mais la doctrine romaine avait soulevé, chez nos anciens auteurs français, de vives protestations.

Pothier, notamment, s'en faisait ainsi l'interprète :

« Vous me faites commandement de vous payer cent livres, que je vous dois; vous devez pareille somme à Pierre; et je vous signifie un acte par lequel Pierre consent que la somme de cent livres, que vous lui devez, vienne en compensation de celle que vous me demandez; et, en

conséquence, je conclus à la compensation et au congé du commandement, dont j'offre les frais. Papinien prétend que vous n'êtes pas obligé d'accepter cette compensation; mais Barbeyrac, en ses notes sur Puffendorf, pense, avec raison, que Papinien a poussé trop loin la subtilité, et que la compensation doit être admise; car, vous étant indifférent de recevoir de moi ou de Pierre les cent livres, que je vous dois, il est injuste d'autoriser vos poursuites contre moi pour le payement de cette somme, *lorsque Pierre veut bien que vous receviez cette somme de lui pour moi, en compensation de celle que vous lui devez.* » (N° 630.)

77. — Telle doit être aussi, suivant nous, la doctrine moderne.

Duranton, néanmoins, ne l'admet qu'avec une distinction :

Si c'est le débiteur lui-même qui, du consentement d'un tiers, oppose à son créancier la compensation de ce que celui-ci doit à ce tiers, le savant auteur adhère au sentiment de Pothier ; parce que, dans cette espèce, il y a, dit-il, une sorte de transfert ou cession de la créance, une cession *ad hoc*, pour l'extinction de la dette du débiteur.

« Mais, ajoute-t-il, lorsque c'est simplement un tiers, créancier du créancier, qui se présente pour acquitter la dette, et que, au lieu de la payer, ainsi qu'il en a le droit, d'après l'article 1236, quoiqu'il ne soit pas intéressé à son acquittement, il veut l'éteindre par voie de compensation, alors la question change de face ; et nous ne croyons pas qu'il puisse invoquer ce moyen pour éteindre la dette, parce que la compensation ne s'opère point entre ceux, qui ne sont pas réciproquement créanciers l'un de l'autre.... » (T. XII, n° 17.)

Ce n'est pas le moment de nous occuper de la compensation; et nous voulons réserver les questions, qui s'y rattachent.

Si donc nous entreprenons ici de combattre la doctrine de Duranton, c'est qu'elle nous paraît appartenir à la thèse même, qui nous occupe, à savoir : dans quels cas un tiers peut forcer le créancier de recevoir son payement.

C'est, en effet, d'après le principe capital, qui gouverne cette thèse, que la distinction proposée est, à notre avis, inadmissible :

1° Quel est ce principe?

Nous venons de l'exposer.

C'est qu'un tiers peut contraindre le créancier à recevoir son payement, toutes les fois que le débiteur pourrait lui-même l'y contraindre; sauf une exception, qui se rapporte au cas, que nous ne supposons pas, où le créancier a intérêt à ce que le payement soit fait par le débiteur en personne.

Il faut, sans doute, que le tiers remplisse toutes les conditions que le débiteur devrait remplir, pour imposer ce payement au créancier; toutes celles-là, oui; mais aussi rien que celles-là!

Or, Duranton concède que le débiteur pourrait, avec le consentement du tiers, créancier de son créancier, contraindre celui-ci à recevoir en payement sa propre dette;

Donc, le tiers lui-même doit pouvoir, sans le concours du débiteur, contraindre le créancier, qui est son débiteur, de recevoir sa propre dette en payement.

Le concours du débiteur, est-ce que la loi l'exige, pour qu'un tiers puisse forcer le créancier à recevoir?

Nullement!

Une seule condition suffit, c'est que le payement, que je vous offre, moi, tiers, même à l'insu du débiteur, soit tel que vous seriez forcé de le recevoir, si votre débiteur vous l'offrait, ou, ce qui revient au même, si je vous l'offrais avec lui.

Cet argument nous semble décisif.

2° Nous voulons encore pourtant en ajouter un autre.

Le créancier, à qui je viens remettre en payement de la dette de 10 000 fr. dont Paul est tenu envers lui, le titre de la dette dont il est tenu envers moi, ce créancier s'écrie :

C'est de l'argent que Paul me doit! ce n'est qu'en argent que vous pouvez me payer en son acquit!

Mais ma réponse est bien simple :

Payez-moi donc de suite, vous! et en argent, la somme que vous me devez.

Et de suite, moi! je vous paierai aussi, avec ce même argent, la somme que Paul vous doit.

Et si vous m'objectez que vous n'avez pas actuellement cette somme et que vous ne pouvez me la payer, vous voilà désarmé de votre objection.

Car c'est par votre faute, que je ne l'ai pas moi-même pour vous la payer, en l'acquit de Paul.

Or, vous ne sauriez vous faire un argument de votre faute, ni en retirer un avantage.

Recevez donc en paiement votre propre dette, avec ce titre que vous avez souscrit! (Comp. le tome V de ce *Traité*, n° 559.)

78. — Ce qui est certain, c'est qu'un tiers ne peut pas forcer le créancier à recevoir un paiement partiel (art. 1244).

C'est la conséquence nécessaire de notre principe.

Il faut donc qu'il lui offre tout ce qui lui est dû, ou du moins tout ce qui est actuellement exigible.

79. — II. Nous ne nous sommes occupé, dans les développements qui précèdent, que des rapports du tiers, qui paye, avec le créancier, qui reçoit.

Mais cette situation présente encore un autre aspect; nous voulons parler des rapports du tiers, qui a payé, avec le débiteur, qu'il a libéré par son payement.

a Le tiers a-t-il, dans tous les cas, contre lui un recours à fin de recouvrement de son avance?

b. Quelle est la cause de ce recours? et quelle en est l'étendue?

c. Quelle preuve le tiers doit-il fournir à l'appui de ce recours ?

Questions intéressantes assurément, mais qui ne rentrent pas dans le cadre de nos explications actuelles, et que nous retrouverons plus tard, soit en traitant *du payement avec subrogation* (art. 1249 et suiv.), soit en traitant *des engagements qui se forment sans convention* (art. 1370 et suiv.; comp. Locré, *Législat. civ.* T. XII, p. 167, Observation de M. Réal).

Nous ne pouvons donc les aborder ici que d'une manière incidente, en tant que la solution qu'elles comportent, peut refléter plus de lumière sur la partie du sujet que nous traitons.

80. — *a.* Que celui qui a payé la dette d'un autre, ait un recours contre le débiteur qu'il a libéré, cela est d'évidence !

Mais, pourtant, s'il avait payé malgré le débiteur, et au mépris de sa formelle défense... *nolente et specialiter prohibente?*

Tout de même !

Justinien, il est vrai, tranchant la controverse qui divisait les anciens jurisconsultes de Rome, avait décidé qu'un tel gérant d'affaires n'aurait contre le maître, aucune action.... *vel directam, vel utilem.* (L. 24, Cod. de *Negot. gest.*)

Mais les principes, d'accord avec l'équité, nous semblent devoir faire repousser, dans notre Droit, cette solution radicale.

Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui !

Voilà notre grand principe, celui précisément qui est la cause des obligations, qui résultent des quasi-contrats.

Nous dirons donc que celui-là même, qui a payé le créancier, malgré le débiteur, peut avoir, suivant les cas, un recours contre lui, s'il a, en effet, malgré sa défense, utilement géré son affaire (comp. Duranton, t. XII, n° 19; Marcadé, art. 1236, n° 111; Mourlon, *Répét.*

écrit., t. 11, p. 691; Colmet de Santerre, t. V, n° 175 *bis*, XI; Larombière, t. III, art. 1236, n° 5).

81. — *b*. La cause de ce recours est d'ailleurs toute nouvelle; elle naît du payement même, qui a éteint l'ancienne créance, et y a substitué cette nouvelle créance.

Et celle-ci a pour cause, suivant les cas, le mandat, le cautionnement, la gestion d'affaires, ou même seulement, sans aucune dénomination scientifique bien précise, le profit retiré par le débiteur de l'avance, que le tiers a faite pour lui.... *de in rem verso!* (Comp. Digeste, *H. T.*)

La détermination de la cause de ce recours est, du reste, importante; car c'est elle qui sert à en déterminer l'étendue.

Si le recours procède d'un mandat ou d'un cautionnement, c'est d'après les principes du mandat ou du cautionnement, que ses effets doivent être mesurés.

Mais procède t-il, au contraire, de la gestion d'affaires ou de l'action *de in rem verso?*

La règle fondamentale, dans ce cas, c'est que le tiers qui a fait le payement, n'a d'action contre le débiteur, qu'autant que ce payement lui a été utile, et dans la mesure, par conséquent, de l'utilité qu'il lui a procurée.

Règle très-logique en même temps que très-équitable, puisque le tiers n'est autorisé à payer la dette d'un autre, que par le motif que ce payement peut être avantageux au débiteur (art. 1375; ajout. le second alinéa de l'article 2031; *infra*, n° 83).

82 — *c*. Quant à la preuve que le tiers, qui prétend avoir payé la dette, est tenu de faire de ce payement, pour l'exercice de son recours contre le débiteur, nous n'avons rien à en dire, si ce n'est qu'elle est soumise aux règles du droit commun.

La question, par exemple, s'est élevée de savoir si celui qui a payé une somme d'argent, en l'acquit du débiteur, est tenu de prouver qu'il l'a payée de ses deniers?

Assurément oui! lorsque le débiteur, au contraire, soutient qu'il l'a payée de ses deniers, à lui-même!

Il faut bien que le tiers, qui est demandeur, et qui affirme, fasse la preuve de son affirmation.

Mais cette preuve sera simple.

Il lui suffira de produire la quittance que le créancier lui a délivrée; et si cette quittance, en effet, ne renferme, sur l'origine des deniers, aucune énonciation d'où l'on puisse induire qu'ils lui ont été remis par le débiteur, la présomption sera que le tiers a payé de ses propres deniers;

Présomption simple, seulement, et qui pourra être combattue par le débiteur (comp. Cass., 8 déc. 1869, Bancal des Issarts, Dev., 1870, I, 132);

Mais présomption d'ailleurs toute naturelle et juridique.

Puisqu'en effet, aux termes de l'article 1238, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement; quoi de plus juridique et de plus naturel que de présumer, sauf la preuve contraire, que le payement, qui est fait, est régulier, et, par conséquent, que celui qui paye, est propriétaire de la chose, qu'il donne en payement. (comp. Cass., 3 juillet 1844, le Maréchal Sebastiani, Dev., 1844, I, 609; Bordeaux, 1 août 1855, Fanty-Lescure, Dev., 1857, II, 110; Cass. 2 févr. 1870, Brodet, Dev., 1871, I, 89; Larombière, t. III, art. 1236, n° 7).

83. — Il est enfin un avertissement, qu'il convient d'adresser à ceux qui entreprennent de payer la dette d'un autre.

Le législateur lui-même l'a formulé dans l'article 2031, en ces termes :

« La caution, qui a payé une première fois, n'a point de recours contre le débiteur principal, qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du payement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier.

« Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui, dans le cas où, au moment du payement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte ; sauf son action en répétition contre le créancier. »

Il faut appliquer, en effet, cette disposition à quiconque fait un payement pour autrui.

Car elle n'est qu'une conséquence du principe que nous venons de poser ; à savoir : que celui qui a payé la dette d'un autre, n'a de recours qu'autant que ce payement a été avantageux au débiteur (*supra*, n° 80).

84. — Les articles, que nous venons d'examiner, 1236, 1237, et qui règlent le point de savoir par qui le payement peut être fait, ces articles sont généraux ; et ils s'appliquent à toutes les obligations, quel qu'en soit l'objet.

En voici un, au contraire, l'article 1238, qui s'applique spécialement à une certaine espèce d'obligations :

« Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner.

« Néanmoins, le payement d'une somme en argent ou autre chose, qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner. »

Ce texte, qui reproduit presque littéralement un passage de Pothier (n° 495), a encouru d'assez vives critiques (comp. notamment Toullier, qui est repris, d'ailleurs, sur ce point, par M. Duvergier, son savant annotateur (t. IV, n°s 6 et suiv.).

Nous croyons, pour notre part, que ces critiques, qui ne manquent pas de quelque fondement, ont été exagérées.

Deux points sont à résoudre sur cette disposition :

I. Dans quels cas est-elle applicable ?

II. Et dans les cas où elle est applicable, quelles en sont les conséquences?

85.—I. Et d'abord, dans quels cas, et à quelles sortes d'obligations l'article 1238 est-il applicable?

Les termes de la loi sont, à première vue, bien généraux; ils sembleraient exiger que toutes les fois que l'obligation a pour objet une chose quelconque, celui qui la paye, en soit propriétaire et capable de l'aliéner.

Mais, aussitôt, on se récrie :

Une disposition pareille était déjà inexacte et inexécutable du temps de Pothier!

Elle est bien plus inexacte encore et plus inexécutable aujourd'hui!

Il y a, en effet, des obligations, et en très-grand nombre, dont le caractère est tel que celui, qui paye une chose, ne peut pas en être propriétaire!

Ainsi :

1° L'obligation qui consiste à transférer la propriété d'une chose déterminée, avait souvent, à l'époque où Pothier écrivait, pour résultat d'en transférer la propriété avant la tradition, et, par conséquent, avant le payement.

Nous avons, en effet, dans l'explication de l'article 1138, essayé de faire ressortir ce phénomène historique, d'après lequel notre ancien Droit français, quoique paraissant avoir maintenu la nécessité de la tradition réelle pour la translation de la propriété par convention, l'avait, en fait, véritablement supprimée, puisqu'il admettait une tradition fictive; laquelle résultait des clauses de *dessaissine-saisine,* qui étaient devenues de style dans les contrats. (Comp. le t. I, de ce *Traité*, n°s 415 et suiv.)

Or, dit-on, il était impossible déjà, sous ce régime, que le *solvens* fut propriétaire, au moment du payement, puisqu'il avait cessé de l'être, au moment de la convention.

Et on ajoute :

C'est encore bien plus évident, sous l'empire de notre

Code, puisque la propriété est aujourd'hui transmise par le seul effet des obligations! (Art. 711, 1138; comp. le t. I précité.)

2° Est-ce que d'ailleurs certaines obligations, quoique consistant à payer une chose, ne sont point exclusives de tout droit de propriété dans la personne de celui qui paye!

Le dépositaire, l'emprunteur, le gagiste, le locataire, sont obligés de restituer, c'est-à-dire aussi de payer, dans l'acception technique de ce mot, au déposant, au prêteur, au débiteur, au bailleur, la chose qu'ils ont reçue de lui.

Or, ils n'en sont pas, ils n'en peuvent pas être propriétaires!

3° Et si on voulait sortir du cercle des obligations conventionnelles, on en trouverait encore dans lesquelles le débiteur qui paye une chose, n'en est et n'en peut pas être propriétaire.

Est-ce que l'héritier qui délivre, qui paye au légataire la chose que le testateur lui a laissée, peut en être propriétaire?

Évidemment non!

Puisque le légataire en est devenu propriétaire, de plein droit, dès le jour du décès du testateur? (art. 1014),

D'où plusieurs jurisconsultes ont conclu, quelques-uns même avec beaucoup d'amertume, que cet article *a été extrait de Pothier, sans discernement, sans réflexion, et de manière à présenter une disposition très-inexacte.* (Marcadé, art. 1238, n° 1; comp. Duranton, t. XII, n° 27; Colmet de Santerre, t. V, n° 177 *bis* I à IV; Larombière, t. III, art. 1238, n° 1.)

86. — Ce blâme est, suivant nous, sévère jusques à l'injustice!

Pothier, en effet, n'a pas eu la pensée de dire que, dans les cas où la propriété est déjà, dès avant le paye-

ment, acquise à l'*accipiens*, il faut que le *solvens* lui transmette cette même propriété par le payement.

Apparemment, non !

Sa pensée s'est portée sur celles des obligations, qui consistent *in dando*, c'est-à-dire qui ont pour objet une translation de propriété, et dans lesquelles cette translation ne s'opère que par le payement lui-même (comp. nos 694-695.)

Telle a été certainement aussi la pensée des rédacteurs de l'article 1238.

Ils ne se sont occupés que d'une certaine sorte d'obligations, à savoir : des obligations qui ont pour résultat de rendre le promettant *débiteur de la propriété* d'une chose envers le stipulant.

De sorte qu'il est, effectivement, en ces sortes d'obligations, très-exact de dire que le payement ne consiste pas dans un simple fait de tradition ou de délivrance, mais qu'il consiste dans une translation de propriété et dans une aliénation ; et qu'il faut, en conséquence, que le *solvens* soit propriétaire et capable d'aliéner (comp. Delvincourt, t. II, p. 155, note I.)

Que le nombre de ces obligations, qui, dans l'ancien Droit, commençait à diminuer, se trouve, dans le Droit nouveau, beaucoup moindre encore, surtout en ce qui concerne les immeubles, cela est incontestable.

Et nous pensons, en effet, que la rédaction de l'article 1238, de même que le passage de Pothier, auquel il a été emprunté, présentent peut-être une généralité trop grande.

Mais ce qu'il faut aussi reconnaître, c'est que cet article, renfermé, comme il doit l'être, dans la sphère spéciale des obligations, qu'il a seulement en vue, n'en comporte pas moins encore d'importantes applications.

Ainsi :

1° Il s'applique à toutes les obligations, qui ont pour objet des quantités ou des choses *in genere*, sur lesquelles on traite d'ordinaire au compte, au poids ou à la mesure.

2° Il s'applique encore au cas, dans lequel l'obligation elle-même, ayant pour objet une chose certaine, le débiteur donne en payement une autre chose à son créancier qui consent à la recevoir (art. 1243).

3° Et de même, par suite au cas où c'est un tiers, qui paye, en l'acquit du débiteur, une chose autre que celle qui a été promise par celui-ci, lorsque le créancier y consent.

4° Il s'appliquerait encore au cas, plus rare sans doute, mais qui n'est pas impossible, et que Marcadé suppose (art. 1238, n° 1), où je vous ai vendu une chose déterminée, en stipulant que, par exception à la règle de l'article 1138, j'en conserverai la propriété jusqu'au payement.

87. — II. Maintenant que nous avons précisé les cas, dans lesquels la disposition de l'article 1238 est applicable, examinons en quoi elle consiste, et quelles en sont les conséquences (*supra*, n° 84).

Deux conditions sont exigées par l'article 1238; à savoir :

1° Que celui, qui paye, soit propriétaire de la chose donnée en payement;

2° Qu'il soit capable de l'aliéner.

Telle est la règle.

88. — La conséquence est facile à en déduire, lorsque le payement est à faire.

Il s'ensuit, tout naturellement, que le créancier peut le refuser, lorsque ces deux conditions ne sont pas remplies, c'est-à-dire lorsque le *solvens* n'est pas propriétaire de la chose qu'il veut payer, ou qu'il n'est pas capable de l'aliéner.

Comment, en effet, le débiteur pourrait-il contraindre le créancier à recevoir un payement, dont la loi elle-même dispose qu'il ne serait pas valablement fait! (Comp. art. 1258.)

89. — Mais supposons que le payement a été fait en

dehors de l'une ou de l'autre des conditions exigées par l'article 1238.

Le payement est fait!

Mais le débiteur a livré au créancier une chose dont il n'était pas propriétaire, ou qu'il n'était pas capable d'aliéner.

Quelle va en être la conséquence?

Le texte, à cet égard, ne s'explique que d'une façon très peu complète; et c'est surtout d'après les principes généraux, que cette thèse doit être résolue.

Distinguons d'abord les deux cas:

A. Celui qui a payé, n'était pas propriétaire de la chose donnée en payement;

B. Celui qui a payé, était propriétaire de cette chose; mais il n'était pas capable de l'aliéner.

90. — A. Le créancier a reçu une chose, qui n'appartenait pas à celui qui la lui a donnée en payement.

Cette hypothèse présente deux aspects.

Il faut examiner successivement:

D'une part, les rapports qui peuvent en résulter entre le créancier qui a reçu, et le débiteur qui a payé;

D'autre part, les rapports qui peuvent en résulter entre le créancier, qui a reçu, et le tiers propriétaire, dont la chose a été donnée en payement.

L'article 1238, il est vrai, ne paraît avoir en vue que les rapports du créancier, qui a reçu, avec le débiteur, qui a payé; et nous croyons, en effet, qu'il ne règle directement que ceux-là.

Mais c'est aussi notre avis que sa disposition doit réagir indirectement sur les rapports du créancier, qui a reçu, avec le tiers propriétaire; et il sera nécessaire, afin de traiter complétement ce sujet, de rappeler les règles qui doivent gouverner les rapports du tiers propriétaire avec le créancier, qui a reçu sa chose en payement.

91. — I. Mettons d'abord en scène le créancier, qui a reçu, et le débiteur qui a payé.

Le créancier peut-il demander la nullité de ce payement?

Assurément oui!

A la charge, bien entendu, de restituer la chose, qu'il a reçue « *si offerat quod accepit* », pour exiger un autre payement régulier.

Ce droit est pour lui la conséquence nécessaire de la nullité même du payement, qui a été fait; et il pourrait même conclure à des dommages-intérêts contre son débiteur qui lui a livré la chose d'autrui (comp. L. 94, § I, ff. *De solut.;* Pothier, n° 498, Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 103; Colmet de Santerre, t. V, n° 177 *bis*, VI; Larombière, t. III, 1238, n° 5).

92. — Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que le créancier soit déjà évincé ou même seulement troublé par une action en revendication de la part du propriétaire (comp. L. 69, ff. *De solut.*).

La cause, d'où procède son action en nullité, c'est que le payement, qui a été fait, est nul, puisqu'il ne remplit pas les conditions exigées par la loi pour sa validité.

Le payement est nul!

Ce moyen-là est suffisant, par lui-même (comp. Larombière, *loc. supra cit.*).

93. — Allons plus loin!

Le créancier n'a plus désormais à craindre aucune éviction ni aucun trouble de la part du propriétaire.

Peut-il néanmoins encore proposer cette nullité, dont le payement a été originairement entaché?

La négative est évidente, dans le cas où c'est le débiteur, qui a fait le payement, qui est devenu propriétaire de la chose, qu'il a livrée au créancier, ou dans le cas où le propriétaire lui-même ratifie le payement.

Si le créancier, demandant la nullité du payement, voulait forcer son débiteur à reprendre cette chose, qu'arriverait-il?

C'est qu'il pourrait être, à son tour, forcé de recevoir, de suite, en payement cette même chose!

Qu'il la conserve donc, puisque le vice du premier payement est purgé (comp. L. 69, 78 et 94 § 2 ff. *De solut.;* Duranton, t. XII, n° 52).

94. — Mais supposons un autre cas.

Celui qui a payé la chose d'autrui, n'en est pas devenu propriétaire par un de ces modes légitimes d'acquisition, qui purgent tous les vices!

Le propriétaire n'a perdu son action en revendication que par l'effet de la prescription.

Et s'il ne peut plus revendiquer sa chose entre les mains du créancier, à qui elle a été donnée en payement, c'est parce que son action est prescrite.

Le créancier pourra-t-il demander encore la nullité du payement qui lui a été fait, par le motif que celui qui la lui a payée, n'en était pas propriétaire?

Pas davantage! a-t-on répondu.

Sans intérêt, point d'action;

Or, le créancier n'a plus d'intérêt a demander la nullité, puisque le payement est devenu tout aussi solide que si le *solvens* avait été propriétaire.

Telle était, en Droit Romain, la doctrine de Paul:

« *Is, qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur.* » (L. 60 ff. *De solut.*)

Et de là un parti considérable, dans la doctrine moderne, a conclu que le créancier ne peut faire déclarer la nullité du payement, que *tant qu'il a quelque éviction à craindre* (Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 103).

M. Larombière ajoute que *l'action en nullité du payement cesse de la part du créancier, aussitôt que les vices en sont purgés et qu'il n'y a plus aucun intérêt... parce qu'il a prescrit la propriété...* » (T. III, art. 1238, n° 5; comp. Delvincourt, t. II, p. 510; Duranton, t. XII n° 31.)

95. — Nous ne croyons pas que cette doctrine doive être admise; et notre avis est, au contraire, que le créancier demeure toujours fondé, même dans ce cas, à demander la nullité du payement:

1° Aux termes de l'article 2220 :

« .... On peut renoncer à la prescription acquise. »

C'est-à-dire que la prescription est un moyen de libération ou d'acquisition facultatif, pour l'emploi duquel le législateur s'en remet à la conscience de celui auquel il permet de l'invoquer.

Et voilà pourquoi il faut, en effet, qu'il l'invoque, les juges n'ayant pas le pouvoir de le suppléer d'office ! (Art. 2233 ; comp. *supra*, n° 21.)

Or, il est facile de comprendre qu'il répugne au créancier, à sa concience, à son honneur, de repousser, par un tel moyen, la légitime revendication du propriétaire et de se rendre ainsi complice d'une spoliation !

2° Objectera-t-on que, aux termes de l'article 2225 :

« Les créanciers, ou toute autre personne, ayant inté-« rêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'op-« poser, encore que le débiteur ou le propriétaire y « renonce. »

Or, celui qui a payé, a intérêt à ce que la prescription soit acquise, afin de ne pas redevenir débiteur, et de ne pouvoir pas être contraint à faire un nouveau payement.

Qu'il ait intérêt, nous ne le nierons pas.

Mais ce que nous ne saurions concéder, c'est qu'il ait qualité.

Vous aviez contracté, envers moi, l'obligation de me livrer un cheval.

Et vous m'avez livré un cheval, appartenant à Paul, que celui-ci vous avait prêté, ou avait déposé chez vous.

Eh ! bien, vous n'avez pas exécuté votre obligation comme elle devait l'être, loyalement et de bonne foi.

Votre obligation, en quoi consistait-elle ?

Elle consistait dans la translation de propriété, que vous deviez me procurer par votre payement ;

Or, par votre payement, vous ne m'avez pas transmis cette propriété ;

Donc, je suis en droit de vous dire que le payement est nul.

Car si j'ai un moyen de conserver la chose que vous m'avez livrée, non-seulement ce moyen est malhonnête;

Mais, en outre, il ne vient pas de vous; et il ne saurait équivaloir, de votre part, à l'acquittement de votre obligation.

3° Ne pourrait-on pas, toutefois, objecter à notre doctrine qu'elle met le débiteur à la discrétion du créancier?

En effet, dira-t-on, tandis que le créancier pourrait toujours, s'il le voulait, demander la nullité du payement, le débiteur, lui! ne le peut plus, lors même qu'il le voudrait! il ne le peut plus, ou du moins il est à la merci du créancier, s'il convient à celui-ci de lui répondre qu'il se tient pour satisfait et qu'il invoquera la prescription, dans le cas où le propriétaire revendiquerait sa chose!

Or, c'est là une inégalité de position qui n'est pas équitable; et le droit de demander la nullité du payement devrait toujours être réciproque entre les deux parties.

Mais il est manifeste que cette réciprocité, au contraire, n'existe pas toujours!

Le débiteur incapable, qui a fait un payement, a le droit d'en demander la nullité.

Et le créancier, est-ce qu'il a aussi le même droit?

Certainement non! (article 1125; *infra,* n° 123).

Dans notre hypothèse, d'ailleurs, c'est par sa faute que le débiteur se trouve placé dans cette situation; il doit s'imputer d'avoir donné en payement une chose, qui ne lui appartenait pas.

Ajoutons enfin que le droit du créancier de demander la nullité du payement, doit avoir un terme, et qu'il s'éteindra par la prescription (art. 2262).

De sorte qu'il pourrait arriver que cette inégalité de position, au détriment du débiteur, se produisît, d'une

façon plus saillante encore, au détriment du créancier lui-même!

Il se pourrait, en effet, que, tandis que l'action en nullité du payement serait prescrite contre le créancier au profit du débiteur, l'action en revendication ne fût pas prescrite, au profit du propriétaire, contre le créancier; comme si le propriétaire étant mineur ou interdit, la prescription n'avait pas pu courir contre lui.

Et ce serait alors, en effet, une grande inégalité de position!

Car le créancier, après s'être vu enlever, par l'action en revendication, la chose, que le débiteur lui avait donnée en payement, ne pourrait plus demander un nouveau payement à celui-ci.

Mais ce sont là des chances, qui résultent inévitablement du jeu, même le plus régulier, des principes du droit civil!

Concluons donc que le créancier peut demander la nullité du payement, qui lui a été fait de la chose d'autrui, lors même qu'il pourrait être préservé de l'action en revendication du propriétaire, par la prescription acquisitive accomplie à son profit (comp. Marcadé, art. 1238, n° 11; Mourlon, que cite en ce sens M. Valette, t. II, p. 667; Colmet de Santerre, t. V, n°s 177 *bis*, XII et XIII).

96. — Mais le créancier aurait-il encore le droit de demander la nullité du payement, même après que la chose d'autrui qui lui a été livrée, aurait péri, chez lui, par un cas fortuit?

Duranton répond négativement :

«.... Si l'objet payé, dit-il, a cessé d'exister par force majeure ou par la faute du créancier, celui-ci ne peut plus critiquer le payement.... » (T. XII, n° 52.)

Par la faute du créancier, nous en convenons.

Mais nous répondons, au contraire, négativement, si la perte est le résultat d'une force majeure.

Par quel motif, en effet, la perte fortuite de cette chose enlèverait-elle au créancier le droit, qui lui appartient, de demander la nullité du payement et d'exiger un payement nouveau?

Il nous est impossible de l'apercevoir.

Tout ce qui résulte de la destruction accidentelle de la chose, c'est que le créancier est libéré de l'obligation où il était de la restituer.

Mais ce n'est par pour lui qu'elle a péri!

On ne saurait, en effet, lui faire supporter cette perte, quelle que soit la théorie que l'on admette sur la question des risques.

Veut-on décider cette question par la maxime : *Res perit domino?*

Le créancier, à qui le débiteur a payé une chose, dont il n'avait la propriété, n'est pas devenu propriétaire.

Veut-on la décider, plus justement, suivant nous, par la maxime : *Debitor rei certæ fortuito interitu rei liberatur?*

Eh bien! telle était la position du créancier, obligé de restituer la chose, qu'il avait reçue.

Ce n'est donc pas pour lui que la chose a péri.

Et si elle n'a pas péri pour lui, la conséquence en est qu'il ne lui reste rien et qu'il n'a pas été payé.

Il est vrai que le payement d'une chose, qui se consomme par l'usage, et dont le débiteur n'était pas propriétaire, se trouve validé par la consommation, que le créancier en a faite de bonne foi.

Oui! par la consommation, dont le créancier a profité, et par suite de laquelle le payement, qui était nul, lui a procuré, finalement, le même avantage que s'il eût été valable.

Mais on n'en saurait dire autant de la perte qui a détruit la chose entre ses mains, et qui l'a empêché d'en retirer le profit, qu'il devait en attendre. (Comp. *infra*,

n° 124; Marcadé, art. 1238, n° 11; Colmet de Santerre, t. V, n° 177 *bis*, XIV).

97. — Nous avons toujours supposé, dans les solutions que nous venons de fournir, que le créancier était de bonne foi; c'est-à-dire qu'en recevant la chose, qui lui était donnée en payement, il ignorait que le *solvens* n'en était pas propriétaire.

Ces solutions, en effet, ne seraient pas les mêmes, dans le cas, au contraire, où le créancier aurait été de mauvaise foi, c'est-à-dire dans le cas où il aurait su que le *solvens* n'était pas propriétaire de la chose qu'il lui donnait en payement.

Il ne pourrait pas alors prétendre qu'il n'a pas connu le danger de l'éviction.

Et on serait fondé à lui répondre qu'en acceptant sciemment la chose d'autrui, il a consenti à en courir les risques. (Comp. art. 1148, 1238, 1599, 1429; Larombière, t. III, art. 1238, n° 5.)

98. — Nous venons de reconnaître au créancier le droit de demander la nullité du payement, que le débiteur lui a fait d'une chose, dont il n'était pas propriétaire.

Mais le débiteur, qui a fait le payement, peut-il aussi en demander la nullité?

Question très-controversée.

Pour la négative, on prétend que les principes, d'accord avec les textes, s'y opposent:

1° C'est un principe, en effet, dit-on, de droit et d'équité, que celui-là ne peut pas agir en éviction, qui serait responsable de l'éviction pratiquée par un tiers.... *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio;*

Or, le débiteur serait responsable, envers le créancier, de l'éviction que celui-ci souffrirait par le fait d'un tiers;

Donc, il ne peut pas exercer, contre lui, une action, qui produirait cette éviction, et dont l'immédiat résultat serait de faire revivre sa dette, avec l'aggravation d'une nouvelle dette accessoire de dommages-intérêts!

2° On ajoute que ce principe est consacré par plusieurs textes, et notamment par l'article 1599, au Titre de la vente, d'après la véritable interprétation qu'il doit recevoir (comp. Marcadé, art. 1238, n° 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 103; Larombière, t. III, art. 1238, n° 5).

99. — Voilà une argumentation, fort sérieuse sans doute.

Et pourtant la conclusion ne nous en paraît pas exacte.

Tout au moins, est-elle, à notre avis, trop absolue.

Il faut, suivant nous, faire une distinction :

Ou l'obligation, dont le payement a eu lieu, avait pour objet une chose certaine et déterminée;

Ou, au contraire, l'obligation avait pour objet une chose indéterminée, *in genere.*

Nous admettons, pour le premier cas, la solution qui précède;

Nous ne l'admettons pas pour le second cas.

100. — Je vous ai vendu le cheval A, comme un corps certain et déterminé.

Et je vous l'ai donné en payement de cette obligation que j'avais contractée envers vous.

Ce cheval pourtant ne m'appartenait pas; il appartient à Pierre!

Puis-je, en me ravisant, demander la nullité du payement que je vous ai fait, et vous offrir un autre cheval, à la place de celui que je vous ai livré?

Nous croyons que l'on doit répondre négativement.

Et, en adoptant les deux arguments, qui viennent d'être employés par la doctrine, dont nous combattons la conclusion absolue, nous ajouterons les deux arguments, que voici :

1° C'est, d'abord, que le débiteur, dans ce cas, ne saurait trouver une action en nullité dans l'article 1238.

Nous croyons, il est vrai, pour notre part, et nous espérons pouvoir démontrer bientôt que l'article 1238 ac-

corde au débiteur lui-même le droit de demander la nullité du payement qu'il a fait avec une chose dont il n'était pas propriétaire.

Mais, bien entendu, il ne lui accorde ce droit que dans le cas, qu'il a prévu, et pour celles des obligations seulement auxquelles il s'applique;

Or, nous avons constaté que l'article 1238 ne s'applique qu'aux obligations qui ont pour objet des choses *in genere*, ou des quantités (comp. *supra*, nos 85-86);

Donc, il ne saurait être invoqué par le débiteur, dans notre hypothèse, où il s'agit d'une obligation qui a pour objet une chose déterminée, un corps certain.

2° Il est facile de comprendre, en effet, pourquoi le débiteur, dans ces sortes d'obligations, ne peut pas lui-même enlever au créancier le corps certain, qu'il lui a livré en exécution de la convention.

Une telle prétention est inadmissible, soit que l'on considère le créancier, soit que l'on considère le débiteur.

Le créancier! l'acheteur, dans notre exemple! ce qu'il a voulu obtenir, ce n'est pas une chose de telle espèce, l'une ou l'autre, indifféremment; c'est telle chose déterminée, individuellement, le cheval que voici, celui-là même et non pas un autre; il serait donc déçu, s'il ne l'obtenait pas.

Et quant au débiteur, il est manifeste qu'il n'exécuterait pas l'obligation, qu'il a contractée, ou plutôt qu'il la violerait expressément, en prétendant qu'il peut offrir au créancier une chose autre que celle qu'il s'est obligé de lui procurer. (Art. 1243.)

Nous adhérons donc, dans ce premier cas, à la doctrine des savants auteurs que nous avons cités.

101. — Mais nous nous en séparons, au contraire, dans le second cas.

Je vous ai vendu un cheval *in genere*.

Quelle est, envers vous, mon obligation ?

Et de quelle manière suis-je tenu de l'exécuter ?

Le voici, aux termes de l'article 1246 :

« Si la dette est d'une chose, qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. »

C'est-à-dire que je puis me libérer, en vous livrant un cheval de l'espèce moyenne, *loyale et marchande.*

Eh bien! dans ces conditions-là, je vous ai livré un cheval qui ne m'appartient pas, le cheval de Paul.

Puis-je demander, contre vous, la nullité de ce payement?

Oui! répondrons-nous, d'après le texte et d'après les principes :

1° Que le texte de l'article 1238 accorde, dans ce cas, au débiteur, l'action en nullité du payement, qu'il a fait, cela nous paraît certain.

En effet, la disposition finale de cet article refuse l'action en nullité du payement, dans le cas où le créancier a consommé de bonne foi la chose, qui lui a été livrée.

Or, c'est là un cas exceptionnel, qui suppose, pour les autres cas, une règle générale contraire ; c'est-à-dire que la règle générale est que l'action en nullité est recevable, lorsque la consommation de bonne foi n'a pas eu lieu.

Et à qui cette action en nullité du payement est-elle accordée en règle générale dans tous les cas, et refusée exceptionnellement dans un cas particulier ?

Au propriétaire de la chose, que le débiteur a donnée en payement?

Nous croyons bien que l'article 1238 n'est pas étranger au propriétaire de la chose, que le débiteur a donnée en payement à son créancier (comp. *infra*, n° 115).

Mais il faut reconnaître pourtant que c'est au débiteur lui-même principalement, que l'article s'adresse!

La preuve en résulte de la construction grammaticale de la phrase et de l'ensemble de sa disposition.

La phrase est, en effet, conçue de telle manière, qu'elle place sur la même ligne et confond, dans une indivisible formule, le débiteur, qui a donné en payement une chose dont il n'était pas propriétaire, et le débiteur, qui n'était pas capable d'aliéner;

Or, dans le cas où le débiteur n'était pas capable d'aliéner, c'est bien à lui que l'article 1238 accorde l'action en nullité du payement;

Donc, c'est aussi au débiteur, que cet article accorde l'action en nullité du payement, dans le cas où il a livré au créancier une chose, dont il n'était pas propriétaire.

2° Les deux mêmes arguments, d'ailleurs, de principe et de raison, par lesquels nous venons de justifier la solution qui précède, vont justifier aussi la solution contraire, que nous proposons ici.

Ce que le créancier, ce que l'acheteur, a voulu obtenir cette fois, ce n'est pas un corps certain et déterminé; c'est seulement une chose indéterminée dans une certaine espèce, dont le débiteur pourrait faire le choix; et, par conséquent, n'ayant et ne pouvant avoir témoigné aucune préférence, il ne saurait être déçu, parce qu'il aura telle chose au lieu de telle autre; car il s'agit de choses fongibles, *quarum una alterius vice fungitur*, et dont il est indifférent, en effet, d'avoir l'une ou d'avoir l'autre. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, n° 41.)

Et, par suite, il est évident que le débiteur lui-même ne viole pas son obligation, en demandant d'être autorisé à substituer une autre chose à la chose qu'il a payée; car il n'a pas promis l'une plutôt que l'autre! ce qu'il a promis seulement, c'est une chose de cette espèce, loyale et marchande.

Le créancier n'a donc pas d'intérêt à refuser cette substitution, dès que le débiteur offre de le remettre, par un second payement, au même état que si le premier payement n'avait pas été annulé. (Comp. *infra*, n° 1102.)

Tandis que le débiteur, au contraire, peut avoir un intérêt très-sérieux à retirer, des mains du créancier, cette chose qu'il lui a donnée en payement, n'en étant pas propriétaire !

Non-seulement un intérêt moral, comme s'il avait commis la faute de donner en payement à son créancier cette chose, qu'un ami lui avait prêtée et dont il lui avait confié le dépôt !

Mais encore un intérêt pécuniaire, afin de se soustraire à l'action en dommages-intérêts du propriétaire, qui viendrait revendiquer sa chose contre lui.

Concluons donc que, dans ce second cas, en effet, le débiteur lui-même peut demander la nullité du payement (comp. Mourlon, *Répét. écrit*, t. II, p. 694-695; Colmet de Santerre, t. V, n° 177 *bis*, VI et VII).

102.— Nous venons de dire, toutefois, que son obligation est alors d'indemniser complétement le créancier et de le remettre au même état que si le premier payement n'avait pas été annulé.

C'est déjà beaucoup qu'il puisse évincer lui-même le créancier de la chose qu'il lui a livrée.

Il le peut pourtant; et nous venons d'en fournir les motifs.

Mais c'est à la condition de remettre, par le second payement, au créancier, l'équivalent exact de ce que la nullité prononcée du premier payement lui enlève.

Je vous devais, sous une alternative, un cheval *in genere* ou tant de mesures de blé, à mon choix.

Et je vous ai donné en payement un cheval, qui ne m'appartenait pas, le cheval de Pierre.

Je demande donc, contre vous, la nullité de ce payement.

Et, après l'avoir obtenue, voici que je vous offre, comme nouveau payement, tant de mesures de blé.

Puis-je vous contraindre à les recevoir, si vous préférez recevoir un autre cheval, en remplacement de celui que je retire de vos mains ?

Non pas !

Il ne s'agit pas d'une restitution en entier, dont l'effet serait de rétablir le débiteur dans la plénitude de son droit primitif.

Il s'agit d'un droit beaucoup moins fort, du droit, pour lui, de reprendre la chose qu'il a donnée en payement.

Mais sous la condition de réparer tout le dommage, que cette demande en nullité peut causer au créancier ; car c'est sa faute à lui, débiteur, si le premier payement est déclaré nul.

Je serai donc obligé de livrer un autre cheval, sans pouvoir offrir les mesures de blé ; j'ai épuisé mon droit d'option par le premier payement.

Et même je serai obligé de payer au créancier un cheval d'une valeur égale à celle du cheval, que je lui enlève.

105. — Il y a même un cas, dans lequel aucune demande en nullité du payement fait par le débiteur, d'une chose dont il n'était pas propriétaire, ne saurait plus être formée.

Le second alinéa de l'article 1238 l'exprime en ces termes :

« Néanmoins, le payement d'une somme en argent ou autre chose, qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier, qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire, ou qui n'était pas capable de l'aliéner. »

Cette exception à notre règle est très-ancienne.

Les jurisconsultes romains l'avaient admise, sinon pour le cas où le *solvens* n'était pas propriétaire de la chose par lui donnée en payement, du moins pour le cas où le payement avait été fait par un incapable (comp. Ulpien, L. 14, § 8, ff. *De solut.*).

Nous la trouvons aussi admise, pour les deux cas, par nos anciens jurisconsultes français.

Pothier notamment l'expliquait fort bien :

« La raison est, disait-il, que la consommation, que le créancier a faite de bonne foi de la somme d'argent, ou autre pareille chose, qui lui a été payée, équipolle à la translation de propriété de cette chose.

« En effet, la translation de propriété n'aurait rien donné de plus au créancier; il a usé de cette chose et l'a consommée, comme il eût fait, si la propriété lui eût été transférée. Il n'est pas plus sujet à la répétition de la somme d'argent, ou autre chose, qu'il a consommée de bonne foi, que s'il en eût été le vrai propriétaire, puisque cette chose, qui a cessé d'être par devers lui, sans aucune malice de sa part, ne peut pas être revendiquée contre lui; la revendication ne pouvant jamais avoir lieu que contre le possesseur, ou celui qui a cessé malicieusement de posséder » (n° 498).

Le créancier lui-même ne pourrait donc plus désormais demander la nullité du payement; la raison fournie par Pothier le démontre; c'est aussi la remarque que nous avons déjà faite.

Le débiteur, en conséquence, n'étant plus exposé à une demande en nullité de la part du créancier, il ne serait pas juste de laisser le créancier exposé à une demande en nullité de la part du débiteur;

D'autant plus que la demande en nullité formée, en cas pareil, par le débiteur contre le créancier, pourrait être souvent préjudiciable à celui-ci, qui, ayant consommé les choses qu'il a reçues, n'aurait peut-être pas à sa disposition des choses semblables, et pourrait se trouver exposé à des embarras et à des pertes.

104. — Mais il faut que le créancier ait consommé de bonne foi la chose par lui reçue.

D'où il suit, dit M. Larombière, qu'il ne suffirait pas d'avoir reçu de bonne foi, si la consommation avait eu lieu de mauvaise foi, ni d'avoir consommé de bonne foi, si la réception avait eu lieu de mauvaise foi (t. III, art. 1238, n° 8).

Qu'il ne suffise pas d'avoir reçu de bonne foi, si la consommation a eu lieu de mauvaise foi, cela est certain; le texte de l'article 1238 le décide ainsi formellement.

Mais est-il aussi vrai de dire qu'il ne suffit pas d'avoir consommé de bonne foi, si la réception avait eu lieu de mauvaise foi?

Cette seconde partie de la proposition serait, suivant nous, d'une généralité trop grande.

Celle-ci, en effet, n'est pas conforme au texte comme la première; elle y serait même plutôt contraire, puisque le texte, sans s'occuper du moment de la réception, ne s'occupe que du moment de la consommation, et se borne à dire que le payement d'une telle chose ne peut être répétée contre le créancier, *qui l'a consommée de bonne foi*.

C'est qu'il se pourrait effectivement, à notre avis, que, même après la réception de mauvaise foi, la consommation de bonne foi dût éteindre l'action en nullité; comme si, après que le créancier aurait reçu du débiteur une chose, quand il savait que celui-ci n'en était pas propriétaire, il avait eu de légitimes motifs de croire qu'il l'était ensuite devenu, par succession ou autrement; supposez même que le débiteur lui ait notifié cette prétendue acquisition par lui faite de la propriété de la chose! (Comp. *supra*, n° 93.)

105. — Que faut-il entendre ici par consommation?

Et dans quels cas pourra-t-on dire que le créancier a consommé la chose par lui reçue?

Il est d'abord une proposition qui nous paraît incontestable, c'est que la chose qui, avant le payement, était indéterminée, est devenue, par le payement, une chose déterminée.

Elle doit donc être considérée, en ce qui concerne la répétition dont il s'agit, non pas dans son espèce ou comme une quantité, mais dans son individualité et comme un corps certain.

Cela est, disons-nous, incontestable!

Autrement, jamais on ne pourrait prétendre que la chose reçue par le créancier, a été consommée, de manière à ne pouvoir pas être restituée, puisque ces sortes de choses se remplaçant exactement les unes par les autres, il serait toujours possible au créancier de restituer une chose de même espèce que celle qu'il aurait reçue!

Il faut donc, pour que la répétition soit possible, de la part du débiteur, que le créancier soit en mesure de lui rendre les mêmes choses identiquement, *ut corpora,* que celles qu'il a reçues.

106. — D'après cette donnée, il est clair que, lorsqu'il s'agit de denrées, comme de l'huile, du vin, du bois à brûler, la consommation consiste dans l'usage régulier qui en est fait, et qui opère l'anéantissement de la chose; c'est la consommation naturelle.

Il suffirait d'ailleurs d'une consommation, que l'on peut appeler civile, et qui opère aussi l'anéantissement de la chose, par l'effet d'une transformation, qui lui fait perdre, avec sa substance juridique, son ancien nom et sa destination première.

Vous avez livré à votre créancier une pièce de bois, dont vous n'étiez pas propriétaire; et le créancier en a fait une poutre de son bâtiment.

Vous ne pouvez plus répéter votre pièce de bois.

Elle n'existe plus! elle est maintenant immeuble par sa nature! (art. 518; comp. ce que nous avons dit sur les événements qui peuvent produire des résultats semblables relativement aux choses mobilières : *l'accession, la spécification, la commixtion ou le mélange,* dans notre *Taité de la Distinction des biens, etc.*, t. II, n°s 185 et suiv.)

107. — L'article 1238 cite, comme premier exemple parmi les choses qui se consomment par l'usage, *une somme d'argent.*

Assurément, oui!

Et il n'y a aucune difficulté, lorsque la somme d'argent,

c'est-à-dire les pièces elles-mêmes, *in specie*, qui ont été payées par le débiteur, ont été dépensées par le créancier, de quelque manière que ce soit, lorsque, en un mot, elles ont passé de ses mains dans les mains d'un autre.

Peu importe qu'il les ait lui-même données en payement à son créancier, ou qu'il les ait prêtées à un tiers.

C'était là, il est vrai, un point controversé entre les anciens interprètes du droit romain :

Les uns voulant, en effet, que le payement ou le prêt fait par le créancier, avec les espèces par lui reçues, anéantît la revendication du véritable maître, (Godefroy, sur la loi 9, § 2, ff. *De auct. tut.*, et la loi 19, § 2, ff. *de reb. cred.*) ;

Les autres, au contraire, accordant la revendication contre le tiers, tant qu'il détenait ces espèces. (Comp. Vinnius, Inst. tit. *Quib. alien. licet vel non*, § 2.)

Sous l'empire d'une législation qui admettait la revendication des meubles comme celle des immeubles, cette seconde doctrine nous aurait paru la meilleure.

Mais tout autre est notre législation française, qui admet, au contraire, en règle générale, que les meubles n'ont pas plus *de suite* par voie de revendication que par voie d'hypothèque. (Comp. art. 1141, 2119, 2279.)

Aussi pensons-nous que la somme d'argent dont le créancier a disposé, de quelque manière que ce soit, au profit d'un tiers, doit être, dans tous les cas, considérée comme consommée.

Dans tous ces cas, en effet, le créancier ne l'a plus; et par conséquent, il ne peut pas la rendre! (Comp. Duranton, t. XII, n° 53; Larombière, t. III, art. 1238, n° 10.)

108. — Mais supposons que le créancier a seulement mêlé les pièces de monnaie que son débiteur lui a payées, avec des pièces semblables qui lui appartenaient.

La répétition sera-t-elle encore possible?

De consommation naturelle, il n'y en a pas!

Et il semble qu'il n'y a pas non plus de consommation civile, puisque les pièces elles-mêmes que le débiteur a payées, sont encore là, dans la possession du créancier.

Il est vrai !

Mais comment les reconnaître?

N'oublions pas que ces pièces de monnaie sont considérées ici non pas comme *quantité*, mais comme *corps certains*, et que, par conséquent, la répétition ne procède bien, de la part du débiteur, qu'autant qu'il peut reconnaître et désigner, en effet, les pièces elles-mêmes qu'il a remises au créancier (*supra*, n° 105).

Or, cela est devenu impossible, par la confusion de ces pièces avec d'autres pièces exactement pareilles !

Aussi, Javolenus enseignait-il que la revendication ne peut pas avoir lieu :

« Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus cujus fuerunt; *si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit....* » (L., 78, ff. *De solut.*)

Grave autorité, sans doute, qu'un pareil témoignage de la part d'un jurisconsulte écrivant sous une législation qui admettait, comme nous venons de le dire, la revendication des meubles !

Faut-il donc conclure que, effectivement, le seul fait que le créancier aura mêlé les pièces de monnaie qu'il a reçues, avec d'autres pièces, devra les faire considérer comme consommées et éteindre l'action en répétition du débiteur ?

Oui, suivant nous, il le faudrait dans la rigueur des principes (comp. art. 1932; et ce que nous avons dit sur l'article 747, dans notre *Traité des Successions*, t. I, n° 545).

Nous ne nous dissimulons pas, toutefois, que cette cette rigueur pourrait bien paraître un peu subtile dans la pratique et n'y pas réussir !

M. Larombière ne semble même éprouver scientifiquement aucun doute dans la doctrine contraire.

« Il ne suffirait pas, dit-il, tant qu'on en garde la possession, d'avoir mêlé des choses fongibles avec d'autres choses fongibles de même nature, sans les dénaturer ni les transformer, comme de l'argent avec d'autres pièces de monnaie, du blé avec d'autre blé, du vin avec d'autre vin. » (T. III, art. 1238, n° 10.)

Mais combien nous préférons à cette affirmation absolue et, suivant nous, exagérée, qui s'applique non-seulement au numéraire, mais à toutes les denrées de consommation, combien nous préférons l'hésitation de Duranton :

« .... *Il est douteux*, dit notre ancien collègue, que l'on doive, chez nous, où l'on s'attache plus à l'équité qu'à la subtilité du droit, regarder comme consommé, du numéraire, par cela seul qu'il a été mêlé avec d'autre de même espèce dans un sac ou dans une caisse par celui à qui il a été compté; car une pièce de 5 francs, par exemple, représentant parfaitement une autre pièce de la même monnaie, dès que c'est une pièce de cette espèce, qui est réclamée, il importe peu que l'on soit certain qu'elle est celle, qui a été payée. *Ce n'est point tanquam corpus qu'on la réclame; on réclame une chose qui représente cette pièce....* » (T. XII, n° 53.)

Eh! vraiment non!

On ne réclame pas, dans ce cas, une autre chose de même espèce que celle qui a été payée.

C'est, au contraire, cette chose elle-même, *tanquam corpus*, qu'on réclame! (Comp. *supra*, n° 105.)

Et voilà, en effet, l'écueil inévitable où cette solution devrait échouer si l'on voulait demeurer dans la pureté logique du droit civil!

109. — A s'en tenir à la lettre de l'article 1238, il ne serait applicable que dans le cas où le payement a été fait d'une somme d'argent ou d'une autre chose, *qui se consomme par l'usage*.

Mais les explications que nous venons de fournir, ont

déjà démontré que cette formule est plutôt démonstrative que limitative.

Le principe, dont le second alinéa de notre texte n'est que la conséquence, c'est que le créancier ne saurait être soumis à une action en répétition, lorsque, sans sa faute, il se trouve, de quelque manière que ce soit, hors d'état de rendre la chose qu'il a reçue.

Vous vous étiez obligé de me livrer un cheval, *in genere*.

Et vous m'avez donné, en payement, le cheval de Paul.

Puis, après l'avoir reçu de vous, je l'ai vendu à Pierre, que nous supposons être aussi de bonne foi.

Voilà une chose, qui ne se consomme pas par l'usage.

Et pourtant, est-ce que vous pourriez, après la vente, exercer contre moi, la répétition de ce cheval?

Évidemment non! (Comp. art. 1141, 2279; le tome I de ce *Traité*, n° 467; Duranton, t. XII, n° 53; Larombière, t. III, art. 1238, n° 10.)

110. — M. Larombière remarque que :

« Si la consommation n'était pas entière, l'action en répétition se donnerait contre le créancier jusqu'à concurrence seulement de la portion, qui n'aurait pas été consommée. » (*Loc. supra cit.*, n° 11.)

Il est clair, en effet, qu'elle ne pourrait pas aller au-delà.

Et encore faut-il prendre garde d'arriver ainsi à diviser le payement et à contraindre le créancier à recevoir en partie le payement de sa dette, contrairement à l'article 1244.

C'est donc surtout, en cas pareil, que le débiteur devrait offrir immédiatement au créancier un nouveau payement de la partie de la dette payée, dont il exercerait, contre lui, la répétition.

111. — II. Nous ne nous sommes occupé, jusqu'à présent, que des rapports entre le créancier, qui a reçu en payement la chose d'autrui, et le débiteur, qui l'a livrée (*supra*, n° 90).

Il faut voir maintenant quels rapports ce payement peut créer entre le tiers propriétaire de cette chose et le débiteur qui l'a donnée en payement, ou le créancier qui l'a reçue.

Nous avons déjà remarqué que l'article 1238, quoiqu'il n'ait pas directement pour but de régler ces rapports, n'y est pourtant pas étranger (*supra*, n° 101).

Notre avis est même qu'il doit jouer un rôle important dans le nouvel ordre de principes, que nous abordons.

Quel est ce rôle ?

C'est ce qui nous reste à dire.

112. — Que le tiers propriétaire ait une action en revendication contre le débiteur, qui a donné la chose en payement à son créancier, cela est d'évidence.

Il ne la possède plus !

C'est vrai; mais c'est par sa faute, si ce n'est pas par dol, qu'il a cessé de la posséder, à moins qu'on ne le suppose de bonne foi; ce que nous ne supposons pas et ce qui n'est pas, en effet, l'hypothèse de l'article 1238.

Si donc, il ne peut pas la restituer, il faudra qu'il en paye la valeur, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Et l'action du tiers propriétaire durera, bien entendu, aussi longtemps que la prescription ne sera pas acquise contre lui.

113. — Aucune difficulté non plus ne sera possible, dans les rapports du tiers propriétaire avec le créancier, si celui-ci est de mauvaise foi, et si c'est sciemment qu'il a reçu en payement la chose d'autrui.

L'action en revendication du véritable maître procédera encore, dans ce cas, très-bien contre lui, suivant le droit commun.

114. — Mais supposons que le créancier a reçu de bonne foi la chose, que son débiteur, qui n'en était pas propriétaire, lui a donnée en payement.

Quel est, en ce cas, contre le créancier, le droit du propriétaire ?

Cette thèse s'applique sans doute, en principe, aux immeubles comme aux meubles.

Mais, en fait, elle ne peut être que d'une très-rare application, en ce qui concerne les immeubles; car il ne faut pas oublier que l'article 1238 n'a en vue que les obligations qui ont pour objet une chose indéterminée, *in genere*.

Or, combien voit-on, dans la pratique, d'obligation pareilles ayant pour objet un immeuble?

Les exemples n'en sont pas impossibles à la vérité; comme si je me suis obligé à vous livrer tant d'hectares de terrain, dans un certaine contrée.

Mais ce sont là des exceptions, qui ne se rencontrent guere.

115. — Rien de plus fréquent, au contraire, que ces sortes d'obligations, dans leur application aux meubles, aux choses mobilières.

Et c'est pourquoi nous choisissons cette application pour l'étude de la thèse que nous venons de soulever.

Or, précisément, les textes qui doivent la résoudre, paraissent se contredire.

Et une antinomie, qui semble s'élever, avec une certaine gravité, a été signalée entre notre article 1238 et les articles 2279 et 1141.

En effet, il résulte de l'article 2279 que celui qui a reçu de bonne foi *a non domino*, en vertu d'un titre légitime d'acquisition, un meuble quelconque, soit que ce meuble se consomme, soit qu'il ne se consomme point par l'usage, en devient immédiatement propriétaire par le fait de sa possession, et sans qu'il soit nécessaire qu'il l'ait consommé.

Tel est le sens de la règle : *En fait de meuble possession vaut titre*, dont l'article 1141 n'est lui-même qu'une application.

Règle générale, dont la loi excepte le cas de perte ou de vol, pour réserver, dans ces deux cas seulement, au

propriétaire contre le possesseur, une action en revendication, dont elle limite la durée à trois ans, et sous les autres conditions qu'elle détermine (art. 2280).

Or, au contraire, ce qui paraît résulter de l'article 1238, c'est que, dans le cas où le débiteur a donné en payement à son créancier un meuble qui ne lui appartenait pas, le propriétaire a le droit, lors même que le créancier l'a reçu de bonne foi, de se le faire restituer par lui, si ce meuble n'est point *une somme d'argent ou une chose qui se consomme par l'usage*, ou même, si, étant telle, cette chose n'a pas encore été consommée.

De sorte que d'après l'article 1238, contrairement à l'article 2279, ce serait la *consommation* de bonne foi, et non pas seulement la *réception*, la *possession* de bonne foi, qui mettrait le créancier à l'abri d'une action de la part du propriétaire.

La contradiction paraît flagrante !

Il faut bien remarquer, en effet, que l'exception qui est écrite dans la disposition finale de l'article 1238, et par suite de laquelle l'action en répétition est refusée contre le créancier qui a consommé de bonne foi la chose par lui reçue, que cette exception, disons-nous, implique nécessairement une règle générale contraire, d'après laquelle l'action en répétition est accordée contre le créancier, lors même qu'il a reçu le meuble de bonne foi, s'il ne l'a pas encore consommé !

Répondra-t-on que cette règle et cette exception ne s'appliquent pas au tiers propriétaire de la chose qui a été donnée en payement, mais seulement au débiteur, qui a fait ce payement ?

Mais, d'abord, cette réponse ne saurait être faite par ceux, qui prétendent que le débiteur lui-même ne peut pas évincer son créancier, en demandant contre lui la nullité du payement, qu'il lui a fait.

Il faut donc, dans ce système, que cette action en répétition que l'article 1238 accorde, s'applique à un autre.

Et cet autre ne peut être que le tiers propriétaire.

Voilà bien ce que déclare, en effet, nettement M. Larombière :

« .... L'action en répétition, si l'on suppose le débiteur capable d'aliéner, n'appartient donc qu'au véritable propriétaire.... » (t. III, art. 1238, n° 7).

Et quant à ceux, qui, avec plus de raison, suivant nous, admettent que l'action en répétition appartient aussi au débiteur, l'un des motifs, qui les portent à l'admettre, c'est précisément que le tiers propriétaire, conservant son action en revendication contre le créancier, celui-ci est fondé à demander contre le débiteur la nullité d'un payement, sur lequel il ne peut pas compter ; et que, par suite, il est juste d'accorder réciproquement au débiteur contre le créancier cette même action en nullité, qui appartient au créancier contre le débiteur.

Il reste donc démontré que, d'après les termes formels de l'article 1238, le tiers propriétaire, dont le meuble a été donné en payement, peut se le faire restituer par le créancier, qui l'a reçu même de bonne foi, si celui-ci ne l'a pas encore consommé.

Mais alors que devient la règle de l'article 2279?

Voici la conciliation, qui est généralement proposée :

L'article 1238 ne déroge pas à l'article 2279 ; et, dans l'hypothèse régie par cet article aussi bien que dans toutes les autres, il faut, suivant la règle : *En fait de meubles possession vaut titre,* décider que le créancier, dès l'instant où il a reçu de bonne foi en payement le meuble que son débiteur lui a livré, se trouve à l'abri de toute action de la part du tiers propriétaire.

Seulement, si ce meuble a été perdu ou volé, le tiers propriétaire, invoquant alors l'exception, pourra exercer la revendication contre lui pendant trois ans.

Et encore, même dans ce cas, la revendication deviendra-t-elle impossible, s'il s'agit d'une somme d'argent ou d'une autre chose qui se consomme par l'usage, lors-

que, en effet, le créancier l'aura consommée de bonne foi.

En un mot, l'article 1238 ne se réfère pas à l'hypothèse de la *règle* posée par l'article 2279;

Il se réfère à l'hypothèse de *l'exception*, que le même article apporte à la règle.

Et, pour cette dernière hypothèse, tout en admettant la revendication de la part du tiers propriétaire, il la déclare éteinte dans le cas de consommation.

De sorte que, loin d'affaiblir la règle : *En fait de meubles possession vaut titre*, on peut dire qu'il la fortifie, et qu'il en étend l'application, au lieu de la restreindre!

« Tel est, dit M. Larombière, le seul mode d'interprétation, à l'aide duquel on puisse mettre l'article 1238 en harmonie avec les autres dispositions du Code relatives à la transmission des choses mobilières » (t. III, art. 1238, n° 7; comp. Delvincourt, t. II, p. 540; Duranton, t. XII, n° 30; Marcadé, art. 1238, n° 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 103-104; Colmet de Santerre, t. V, n° 177 *bis*, X et XI).

116. — Cette explication de l'article 1238 est-elle, en effet, la seule, qui puisse être présentée?

C'est ce que nous ne croyons pas.

Et nous essaierons d'en proposer une autre, qui nous paraîtrait concilier, d'une manière plus satisfaisante, les textes et les principes.

Il faut, suivant nous, faire ici la même distinction, que nous avons déjà faite pour arriver à la solution d'une question, qui avoisine de très-près celle qui nous occupe :

Ou l'obligation a pour objet une chose mobilière déterminée, un corps certain;

Ou elle a pour pour objet une chose mobilière indéterminée ou une quantité.

Le point de savoir si le tiers propriétaire de la chose, qui a été donnée en payement par le débiteur à son créan-

cier, peut se la faire restituer par celui-ci, doit, à notre avis, dépendre de cette distinction.

Et nous pensons qu'il faut répondre :

Non, dans le premier cas;

Oui, dans le second cas.

117. — Le premier cas est celui, auquel l'article 2279 est applicable, et par conséquent aussi l'article 1141, qui n'en est pas la conséquence;

Tandis que le second cas est celui, auquel est applicable l'article 1238.

La raison de cette différence est facile à comprendre.

Lorsque l'objet de l'obligation est un meuble certain et déterminé, le cheval A, par exemple, c'est ce meuble lui-même, *in specie*, que le créancier a voulu obtenir, et que le débiteur s'est obligé à lui donner. Le créancier serait donc déçu, si ce meuble lui-même ne lui était pas conservé. Et on conçoit alors que le législateur, entre ces deux droits, celui du créancier, qui a stipulé cette chose et qui la possède *pro suo* de bonne foi, et le propriétaire, qui a eu le tort, après tout, de la laisser sortir de ses mains, on conçoit, disons-nous, que le législateur ait fait prévaloir le droit du créancier; voilà la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre.*

C'est le cas de l'article 1141 (comp. le tome I, de ce *Traité*, n° 467).

Ce n'est pas le cas de l'article 1238.

Au contraire, lorsque l'obligation a pour objet seulement un meuble indéterminé, le stipulant n'a pas eu en vue tel meuble plutôt que tel autre, le cheval A plutôt que le cheval B; et il n'éprouvera aucun mécompte, si le meuble lui est enlevé par le propriétaire, puisqu'un autre meuble lui sera rendu, qui remplacera exactement, dans ses mains, le meuble, qui lui est enlevé. On conçoit donc alors, en sens inverse, que le législateur ait fait prévaloir le droit du propriétaire sur le droit du créancier !

C'est le cas de l'article 1238.

Et voilà comment, suivant nous, ces deux textes peuvent être conciliés, en faisant à chacun d'eux sa part d'application dans les deux hypothèses différentes, que chacun d'eux, en effet, a pour but de régir.

2° Duranton, toutefois, a fait cette objection :

« La règle : *en fait de meubles, possession vaut titre*, est aussi bien en faveur de celui qui possède au titre *pro soluto*, qu'en faveur de celui qui possède au titre *pro emptore*, précisément parce qu'elle dispense le possesseur de dire à quel titre il possède, puisque sa possession vaut titre, c'est-à-dire titre de *propriétaire*... » (T. XII, n° 30.)

Ce n'est pas ici le lieu de nous étendre sur le sens de cette règle célèbre : *en fait de meubles, possession vaut titre*.

Nous nous bornerons donc, sans sortir de l'article 1238, à répondre que cet article, rapproché de l'article 1141, comporte parfaitement, au contraire, sous l'empire de notre Code, la distinction que nous proposons entre le titre *pro soluto* et le titre *pro emptore*.

Cette distinction, si raisonnable, est celle, en effet, qui concilie le mieux ces deux textes, soit l'un avec l'autre, soit avec l'article 2279.

3° Comment! l'article 1238, en accordant au tiers propriétaire, le droit de se faire restituer son meuble par le créancier qui l'a reçu en payement, cet article aurait eu en vue un seul cas, le cas singulier et exceptionnel où le meuble aurait été perdu ou volé!

Mais le texte de l'article 1238 est général; c'est dans les termes les plus absolus qu'il dispose que l'action en répétition est admise contre le créancier auquel la chose d'autrui a été donnée en payement, n'exceptant que le cas où cette chose a été consommée de bonne foi.

Ce n'est pas tout!

Cet article accorde l'action en répétition au débiteur lui-même qui a fait le payement; à ce débiteur, qui n'est pas propriétaire, et qui a commis la faute de donner en payement de sa dette la chose d'autrui.

Et cette même action en répétition, on voudrait la refuser à celui qui vient réclamer sa chose, la refuser au propriétaire lui-même !

Ne serait-ce pas, tout à la fois, une contradiction et une injustice !

118. — Il y a pourtant, nous en convenons, une différence entre l'action en répétition formée par le débiteur et l'action en restitution formée par le propriétaire.

Le débiteur, lui ! ne peut demander contre son créancier, la nullité du payement, qu'il lui a fait avec la chose d'autrui, et, par suite, la restitution de cette chose, que sous la condition de lui offrir un nouveau payement d'une autre chose, au lieu et place de celle qui a fait l'objet du premier payement (comp. *supra*, n° 102).

Faut-il imposer cette condition au propriétaire, qui réclame sa chose contre le créancier?

Certainement oui, si le propriétaire agit seulement, en vertu de l'article 1166, au nom du débiteur qui a fait le payement et comme exerçant ses actions (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 114).

Mais c'est un droit plus fort, que la thèse, dont nous venons de fournir les développements, accorde au propriétaire, dont la chose a été donnée en payement.

C'est un droit direct de revendication contre le créancier, qui l'a reçue.

L'exercice de ce droit doit-il être affranchi de toute condition de la part du propriétaire?

Telle serait la conclusion logique de notre thèse.

Si on la trouvait trop absolue, tout au moins faudrait-il l'admettre sous la condition, par le propriétaire, de remplir, envers le créancier, la même obligation que le débiteur serait tenu de remplir, s'il exerçait la répétition, c'est-à-dire sous la condition d'offrir au créancier une autre chose semblable, au lieu et place de la chose qu'il lui enlèverait (arg. de l'art 2280).

Mais, avec cet amendement, la thèse que nous venons de proposer, nous paraît tout à fait juridique; et nous croyons qu'elle doit être admise.

119. — Il est un cas surtout dans lequel cet amendement serait équitable; c'est celui où le créancier aurait supprimé son titre, par suite du payement, que son débiteur lui avait fait d'une chose dont il n'était pas propriétaire (arg. de l'art. 1377; comp. Duranton, t. XII, n° 30).

120. — B. Reste à examiner la seconde condition que l'article 1238 exige dans la personne du débiteur, pour que le payement soit valable; à savoir : que le débiteur soit capable d'aliéner la chose qu'il donne en payement (*supra*, n° 89).

Cette hypothèse n'est pas complexe, comme la première que nous venons d'exposer, et qui faisait naître deux ordres de relations : l'un, entre le créancier et le débiteur ; l'autre, entre le tiers propriétaire et le créancier.

Celle-ci est simple, au contraire, et ne met en présence que le créancier et le débiteur.

121. — Notre texte exige, disons-nous, que le débiteur, pour payer valablement, soit *capable d'aliéner*.

Quelles personnes sont capables d'aliéner ?

C'est une thèse que nous avons exposée déjà, et sur laquelle nous n'avons pas à revenir.

Tels sont : — la femme mariée non autorisée, sous les distinctions que nous avons indiquées, eu égard aux différents régimes matrimoniaux ; — le mineur ; — l'interdit; — l'individu pourvu d'un conseil judiciaire (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 118; et notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation; de l'Interdiction et du Conseil judiciaire*, t. II, n°s 318, 403, 633).

122. — Eh bien! donc supposons qu'un débiteur incapable d'aliéner a fait un payement à son créancier.

L'article 1238 dispose que le payement n'est pas valable.

Mais quelle est la conséquence de cette non-validité, de cette nullité?

L'article ne le dit pas.

Et c'est d'après les principes généraux, qui gouvernent la capacité des personnes, que la question doit être résolue.

Cette solution d'ailleurs est facile :

Soit relativement au créancier;

Soit relativement au débiteur.

123. — Et d'abord, le créancier peut-il, dans ce cas, demander la nullité du payement?

Assurément non!

Il aurait pu ne pas le recevoir (*supra*, n° 88).

Mais il ne peut pas, l'ayant reçu, en demander la nullité.

C'est qu'il ne s'agit plus maintenant d'une cause de nullité commune aux deux parties, et, à certains égards, absolue, comme dans le cas où le débiteur n'était pas propriétaire de la chose donnée par lui en payement.

La cause de cette nullité est, au contraire, relative;

C'est-à-dire qu'elle n'est, suivant le droit commun, proposable que par la personne incapable, dans l'intérêt de laquelle seulement elle a été établie (art. 225, 1125, comp. nos *Traités* précités.)

124. — D'où résulte encore une solution importante, qui, pour être tout à fait opposée à celle que nous avons proposée plus haut (n° 96), n'en est pas moins elle-même très-logique.

C'est que la perte par cas fortuit de la chose donnée en payement par le débiteur incapable d'aliéner, est pour le compte du créancier.

Cela est évident!

Car il n'y a guère apparence que le débiteur, qui seul pourrait demander la nullité du payement, aille s'aviser désormais de former une pareille demande!

Le payement sera donc maintenu.

Et voilà comment la perte fortuite sera supportée par le créancier (comp. Marcadé, art. 1238, n° 111; Colmet de Santerre, t. IV, n° 177 *bis*, XVI).

125. — Quant au débiteur, nous venons de dire qu'il peut, en ce cas, demander la nullité du payement, et que lui seul le peut.

Le débiteur; soit par lui-même, s'il a cessé d'être incapable, comme la femme mariée devenue veuve ou autorisée, le mineur devenu majeur, ou l'interdit relevé de son interdiction; soit par ses représentants légaux.

126. — Mais le débiteur (ou son représentant) peut-il, dans tous les cas, demander la nullité du payement qu'il a fait à une époque où il était incapable d'aliéner?

La négative est évidente, pour les cas où le payement fait par lui n'exigeait pas la capacité d'aliéner.

J'avais prêté ou loué mon cheval à Paul, ou je l'avais déposé chez lui.

Paul meurt.

Et Pierre, son fils mineur, me restitue lui-même, me *paye* mon cheval, en exécution de l'obligation résultant du contrat de prêt, de louage ou de dépôt, que j'avais fait avec son auteur.

Ce *payement* est-il valable?

Pourquoi ne le serait-il pas?

Rien ne s'y oppose:

Ni l'article 1238; car il ne s'applique qu'au cas où le payement constitue une aliénation (*supra*, n° 86);

Ni les principes; car il ne s'agit que d'un simple fait de restitution.

Pareillement, une femme non mariée m'a vendu un immeuble.

Elle se marie; et, sans aucune autorisation ni de son mari, ni de justice, elle me délivre l'immeuble, qu'elle m'a précédemment vendu.

Est-ce qu'elle pourrait demander la nullité de ce payement, en alléguant qu'elle n'était pas capable d'aliéner sans autorisation ?

Pas davantage !

Qu'importe que vous ne fussiez pas capable d'aliéner, lorsque vous m'avez payé cet immeuble.

Vous n'aviez plus à l'aliéner !

L'aliénation avait été consommée, par le seul effet de la vente, à ce moment où vous étiez capable d'aliéner.

Cette simple délivrance a donc pu être faite par vous.

C'est un payement sans doute, dans l'acception large et scientifique de ce mot : *solutio*, le dénoûment du lien de l'obligation (*supra*, n° 26).

Mais c'est un payement qui ne vous lèse pas !

Car, si j'étais obligé de vous rendre cette chose, vous seriez immédiatement vous-même obligé de me la rendre !

Restons donc comme nous sommes ! (Comp. Delvincourt, t. II, p. 590 ; Toullier, t. IV, n° 7 ; Duranton, t. XII, nos 26-27 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 102 ; Larombière, t. III, art. 1238, n° 13.)

127. — Le motif même par lequel nous expliquons la solution qui précède, suffit à en déterminer la portée et à marquer la limite où il faut qu'elle s'arrête.

Nous supposons une obligation régulière, contre laquelle il n'existe, au profit de l'incapable, aucune action en nullité ou en rescision, une obligation telle enfin, que l'exécution, le *payement* aurait dû en être fourni par ses représentants légaux, comme il a été fourni par lui-même.

Voilà le cas pour lequel nous disons que ce payement est valable.

Nous ne parlons que du payement, considéré comme tel, en tant que payement.

Très-différente, en effet, devrait être la solution, s'il

s'agissait d'une obligation contre laquelle l'incapable aurait pu opposer soit une cause de nullité ou de rescision, soit la prescription ou tout autre moyen de résistance.

Ce qu'il s'agirait d'apprécier alors, ce n'est point la validité du payement, mais la validité de l'obligation.

Objectera-t-on que ce payement constitue une exécution volontaire, qui, aux termes de l'article 1338, a pour résultat la confirmation de l'obligation.

Mais c'est précisément l'article 1338 qui va répondre; et voici les termes de son second alinéa :

« A défaut de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement, *après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être confirmée ou ratifiée.* »

C'est que, en effet, l'incapable n'a pas pu renoncer aux moyens par lesquels la loi lui permettait de refuser le payement de l'obligation.

Une femme mariée m'a vendu un immeuble, sans autorisation de son mari ni de justice.

Est-ce qu'elle pourra, sans autorisation, me payer, valablement cet immeuble ?

Évidemment non!

Pas plus qu'elle n'a pu me le vendre.

La même cause qui l'autorise à demander la nullité de la vente, l'autorise à demander la nullité du payement.

Ceci est donc une question de ratification, à résoudre d'après l'article 1338.

Ce n'est point une question de payement, à résoudre d'après l'article 1238.

128. — Aussi, ne faudrait-il pas plus appliquer, dans ce cas, la seconde disposition de l'article 1238 que la première; pas plus l'exception que la règle!

La consommation, même de bonne foi, qui aurait été faite par le créancier, de la chose payée par l'incapable, n'éteindrait donc pas l'action en nullité ou en rescision,

qui pourrait appartenir à celui-ci contre l'obligation elle-même.

On ne voit, nulle part, en effet, que le fait de la consommation puisse élever une fin de non-recevoir contre cette action.

C'est le fait du créancier!

Point le fait du débiteur! et il ne saurait équivaloir à une confirmation ou à une ratification.

129. — Voilà pourquoi encore on a remarqué, avec raison, suivant nous, que :

« Pour que l'article 1238 reçoive son application, il faut que l'incapable n'ait fait qu'acquitter sa propre dette, et non celle d'un tiers, dans les termes de l'article 1236 » (Larombière, t. III, art. 1238, n° 14).

C'est qu'il ne s'agit pas alors non plus d'apprécier le payement fait par un incapable, de l'apprécier, disons-nous, en tant que payement d'une dette, dont il serait tenu.

Il s'agit d'apprécier une aliénation faite par l'incapable, une aliénation, qui, relativement à lui, n'a pas le caractère d'un payement, puisqu'il n'était pas débiteur.

Ce n'est pas là non plus une question, qui appartienne à l'article 1238.

130. — Revenons donc à cet article 1238, qui est, en ce moment, le nôtre.

Et constatons que, au point de vue qui nous occupe, le texte suppose une obligation valablement contractée, qui a pour objet une chose indéterminée, et qui a été acquittée par une personne incapable d'aliéner.

Tel est le cas, en effet, dans lequel la nullité du payement, en tant que payement, pourra être demandeé par le débiteur.

Le principe sur lequel l'article 1238 est fondé, c'est que l'incapable ne peut pas se nuire à lui-même, qu'il ne peut pas, comme on dit, *se léser* par un payement ;

Principe de droit commun, d'où il faut déduire cette double conséquence :

D'une part, que la nullité du payement fait par l'incapable pourra être demandée, toutes les fois que ce payement lui aura causé une lésion ;

Comme réciproquement la nullité n'en pourra pas être demandée, toutes les fois qu'aucune lésion n'en sera résultée pour lui (comp, art. 1305).

Un mineur, par exemple, devait à Paul, du chef de son auteur, un cheval *in genere*.

Et lorsqu'il aurait pu livrer à son créancier un cheval de 1000 fr., il lui a livré un cheval de 1500 fr.

Voilà un payement dont la nullité pourra être demandée (art. 1246.)

Ou bien le mineur était débiteur, sous une alternative, de deux chevaux, l'un de 1000 fr., l'autre de 1500 fr.

Et il a livré le cheval de 1500 fr.

Ou encore, il devait une certaine chose, avec faculté pour lui, de donner en payement au créancier une autre chose.

L'une des deux valant moins que l'autre, celle-là 1000 fr., celle-ci 1500 fr., il a livré celle qui a le plus de valeur.

Dans tous ces cas, la nullité du payement pourra être demandée par lui.

131. — Telle est la règle.

Mais cette règle comporte la même exception, que nous avons déjà exposée pour le cas où le débiteur a payé une chose, dont il n'était pas propriétaire (*supra*, n° 103.)

Le payement ne peut donc pas non plus être répété, quoiqu'il ait été fait par un débiteur incapable d'aliéner, lorsque le créancier a consommé de bonne foi la chose donnée en payement.

Le créancier a ignoré l'incapacité de celui qui le payait ;

Ou bien, connaissant son incapacité, il a cru que le payement qu'il faisait ne pouvait lui causer aucune lésion.

Et, dans sa bonne foi, il a consommé la chose, que l'incapable lui a livrée.

Eh bien! c'est fini; voilà le payement validé; et l'action en répétition éteinte!

Cette exception appliquée au débiteur incapable, est-elle juridique?

Est-elle conforme à la théorie générale de notre Code sur les effets de l'incapacité personnelle d'aliéner?

Il serait permis d'en douter.

Car, enfin, la bonne foi du créancier, *avant* la consommation, ne le mettait pas à l'abri de l'action en répétition.

Je ne savais pas, dites-vous, qu'il était incapable; ou j'ai cru que ce payement ne le lésait pas.

Il fallait savoir! (Comp. art. 1307.)

Et si vous avez su, ne vous plaignez pas; c'est en connaissance de cause que vous avez voulu en courir le risque!

Voilà ce que nous aurions dit victorieusement au créancier, *avant* qu'il eût consommé.

Pourquoi donc ne pouvons-nous pas le lui dire *après?*

Il y a un cas pourtant où cette différence peut s'expliquer.

C'est celui où le créancier ne s'est pas enrichi par cette consommation, et n'a pas retiré du payement fait par l'incapable, un plus grand profit encore existant, au moment où l'action en répétiton est formée contre lui.

L'incapable devant à son créancier une pièce de vin *in genere*, lui a donné en payement une pièce de vin de qualité supérieure, au lieu du vin de cette qualité moyenne, avec lequel il aurait pu s'acquitter.

Et le créancier a consommé le vin de bonne foi.

Il n'en n'est pas plus riche, maintenant que le vin est consommé; et on peut comprendre que l'action en répétition s'éteigne.

Mais c'est un cheval, *in genere*, que l'incapable devait.

Et au lieu d'un cheval de 1000 fr. qu'il aurait pu livrer, il a livré un cheval de 1500 fr.

Et c'est en effet pour le prix de 1500 fr. que le créancier l'a vendu.

La chose, donnée en payement, est consommée dans le sens juridique de ce mot, comme nous avons expliqué qu'il doit être entendu (*supra*, n° 109).

Mais, en ce moment même, et après la consommation, voilà encore un bénéfice de 500 fr. dans les mains du créancier, qui s'enrichit d'autant au détriment de ce débiteur incapable.

Pourquoi donc celui-ci ne pourrait-il pas exercer la répétition, jusqu'à concurrence de ce bénéfice ?

Il ne le peut pas pourtant.

Mais il faut convenir qu'un tel résultat semble peu équitable ;

A ce point que Mourlon, qui présente aussi cette observation critique, en l'appuyant de l'imposante autorité de M. Valette, a entrepris de s'y soustraire par le moyen que voici :

« Peut-être, dit-il, la loi a-t-elle entendu exclure seulement la revendication d'après la règle : *extinctæ res vindicari non possunt*. Dans ce système, notre article serait étranger à la question de savoir si l'incapable n'a pas le droit d'agir contre le créancier par action personnelle, pour obtenir de lui la réparation du préjudice, qu'il lui a causé, en consommant la chose sujette à répétition; cette action personnelle aurait son principe dans l'article 1382, aux termes duquel quiconque, par sa faute, cause un dommage, est obligé de le réparer. » (t. II, p. 696).

Mais ce moyen, qui peut être ingénieux, ne nous paraît pas juridique.

L'exception, que le texte formel de l'article 1238 consacre, est, comme nous l'avons déjà remarqué, fort ancienne (*supra* n° 103).

Elle vient du Droit romain; et il est même notable qu'Ulpien l'appliquait précisément au payement fait par un incapable, par un pupille.... *sine tutoris auctoritate*. (L. 14, § 8, ff. *De solut.*).

Le jurisconsulte romain suppose, il est vrai, un payement de deniers.... *si dederit nummos*, dans lequel l'enrichissement du créancier, après la consommation, ne se peut guère produire.

Mais le texte de l'article 1238 est général; il s'applique non-seulement au payement *d'une somme d'argent*, mais encore au payement de toute *chose qui se consomme par l'usage*.

Peut-être le législateur a-t-il voulu éviter les questions de fait et les difficultés, qui auraient pu s'élever après la consommation, sur le point de savoir si le créancier en était ou n'en était pas enrichi, aux dépens de l'incapable.

Quoi qu'il en soit, ce qui nous paraît certain, c'est que le payement est, dans tous cas, validé par cette consommation, et qu'il n'existe plus désormais, au profit de l'incapable, aucune action, ni réelle ni personnelle.

III.

A QUI LE PAYEMENT PEUT ÊTRE FAIT.

SOMMAIRE.

132. — Régulièrement, le payement ne peut être fait qu'au créancier, capable de recevoir, ou à une personne ayant qualité pour le représenter et recevoir en son nom. — Cette règle toutefois comporte deux exceptions.

133. — I. Exposition de la règle. — Le payement doit être fait au créancier.

134. — Suite.

135. — Le payement peut être fait au mandataire du créancier. — Ce mandat peut être de trois sortes : conventionnel, légal ou judiciaire.

136. — A. Du mandat conventionnel à l'effet de recevoir le payement.

137. — Suite.

138. — Suite. — *Quid*, si le débiteur a payé à un tiers porteur d'un mandat faux?

132. — Régulièrement, le payement doit être fait au créancier capable de recevoir, ou à une personne ayant qualité pour le représenter et recevoir en son nom.

Telle est la règle, qui comporte, toutefois, une double exception :

D'une part, il se peut qu'un payement, qui n'a pas été fait au créancier ni à son représentant, ou qui a été fait à un créancier incapable, doive être considéré comme valable ;

Et d'autre part, il se peut qu'un payement, qui a été fait à un créancier capable, bien que valable entre le débiteur et le créancier, ne doive pas être considéré comme valable à l'égard de certaines autres personnes.

Nous allons examiner successivement la règle et les deux exceptions.

133 — I. Le premier alinéa de l'article 1239 est ainsi conçu :

« Le payement doit être fait au créancier, ou à quel-
« qu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par
« justice ou par la loi, à recevoir pour lui. »

Au créancier, c'est-à-dire, bien entendu, à celui qui se trouve être créancier, au moment où le payement est fait, lors même qu'il ne l'aurait pas été originairement;

comme s'il l'est devenu, de quelque manière que ce soit, par l'effet d'une cession-transport, ou par succession; et pour ce dernier cas, dans la mesure de la part héréditaire qui lui est échue (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, nos 18-19; Pothier, n° 503).

134. — Nous ajoutons : au créancier *capable de recevoir.*

Quelles personnes sont incapables de recevoir un payement?

La femme mariée, suivant le régime matrimonial par elle adopté;

Le mineur;

L'interdit;

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire.

Mais ce n'est pas le lieu d'exposer cette thèse, pour laquelle il suffit de nous référer aux développements, que nous avons déjà fournis; comme nous l'avons fait pour cette autre thèse corrélative : quelles personnes sont capables de faire un payement? (*Supra*, n° 121.)

135. — Évidemment, d'ailleurs, il n'est pas nécessaire que le payement soit fait au créancier, en personne.

Il peut être fait à une personne, qui a qualité pour le représenter et pour recevoir en son nom.

C'est alors, en effet, le débiteur lui-même, qui est réputé recevoir par l'intermédiaire de son représentant.

Paul a dit fort justement:

« *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset.* » (L. 180, ff. *De rej. juris.*)

Ce mandat de représentation peut être de trois sortes :

a. — Conventionnel;

b. — Judiciaire;

c. — Ou légal.

136. — *a.* — Le mandat, que nous appelons conventionnel, c'est le mandat proprement dit.

Il émane de la volonté du créancier.... *ex ejus voluntate.* (L. 4, Cod. *de Solut.*)

C'est un contrat (art. 1984).

Et, par conséquent, il faut que le créancier, pour donner valablement à un tiers le mandat de recevoir en son nom, soit capable de recevoir lui-même.

Au contraire, la capacité du mandataire n'est pas requise.

Et celui-là même, un mineur, par exemple, qui ne pourrait pas recevoir un payement pour son propre compte, peut recevoir un payement comme mandataire pour le compte d'un autre, dès que le mandant personnellement est capable.

C'est le droit commun (comp. art. 1990).

157. — Ce qui est indispensable dans la personne de celui qui se présente pour recevoir le payement, comme mandataire du créancier, c'est qu'il soit, en effet, mandataire !

Voici un tiers qui vient vous demander le payement de ce que vous devez à Paul.

De mandat, il n'en a point.

Mais il se fait, dit-il, le gérant d'affaires de votre créancier.... *sese ultro alienis negotiis offert.* (L. 34, § 4, ff. *De Solut.*)

Ne payez pas !

Quel que soit ce tiers, fut-il l'intime ami ou le parent le plus proche de Paul, son fils ou son père !

Ni l'amitié, ni la parenté ne confèrent un mandat pareil. Pas plus que le seul titre de mari, si le contrat de mariage ne confère pas, en effet, au mari, le droit de toucher ce qui est dû à sa femme. (L. 22, ff.; L. 12, Cod. *De solut.;* Pothier, n° 515 ; comp. art. 1449.)

Ce serait un moyen trop commode de se procurer des fonds, que de pouvoir se poser en gérant d'affaires pour recevoir ce qui est dû à d'autres !

La gestion d'affaires peut n'avoir pour objet qu'un acte unique !

Oui ! nous l'avons reconnu nous-même (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 238).

Mais cet acte ne saurait être la réception d'un payement ! (Art. 1239.)

138. — Eh bien ! donc, ce tiers a présenté au débiteur un mandat.

Et le débiteur a fait le payement entre ses mains.

Mais le mandat était faux !

Non liberabitur! répondait Julien. (L. 34, § 4, ff. *De Solut.*)

Pothier répondait de même qu'un tel payement est nul et ne libère pas le débiteur (n° 516).

Et c'est encore la réponse, que nous devons faire aujourd'hui, d'après notre texte, qui confirme certainement l'ancienne doctrine :

Aux termes de l'article 1239, le payement doit être fait *au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir* DE LUI !...

Or, le faux pouvoir n'émane pas DE LUI.

En principe, d'ailleurs, et en raison, ce faux, cette fraude, sont étrangers au créancier, qui ne pouvait pas les empêcher.

Le débiteur, au contraire, ne sera pas le plus souvent, en cas pareil, à l'abri de tout reproche ; il pouvait examiner, lui ! et, avec plus d'attention, reconnaître le faux.

Et puis, enfin, à supposer même qu'il fût irréprochable, c'est contre lui, que cette fraude a été directement pratiquée ; c'est contre lui, qu'elle a réussi ; il paraît donc naturel et logique qu'il la subisse, sans pouvoir prétendre la rejeter sur le créancier, qu'elle n'a pas atteint ! (Comp. Cass., 21 novembre 1836, de Preaulx, Dev., 1836, I, 892 ; Toullier, t. IV, n° 19 ; Duranton, t. XII, n° 48 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 106 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 178 *bis*, II ; Larombière, t. III, art, 1240 n° 2.)

139. — L'un des motifs, sur lesquels nous venons de fonder la solution qui précède, à savoir : l'irresponsabilité du créancier, ce motif suffit à prouver que la

solution pourrait être modifiée, si le créancier avait commis, au contraire, quelque imprudence, qui aurait induit le débiteur dans l'erreur où il est tombé, et qui ferait rejaillir la responsabilité sur le créancier.

Ce faussaire, qui est venu me demander le payement, en votre nom, m'a exhibé, en effet, un mandat signé par vous.

Et même, il était muni du titre de votre créance contre moi.

J'ai donc payé entre ses mains.

Et voilà maintenant que vous prétendez me faire payer une seconde fois, me disant que ce tiers n'était pas votre mandataire; qu'il a abusé d'un blanc-seing, que vous lui aviez remis, et du titre que vous lui aviez confié; et que d'ailleurs la simple possession de ce titre ne lui conférait pas le mandat de recevoir.

Certainement non! cette simple possession ne suffisait pas. (*Infra*, n° 180.)

Mais elle n'était pas seule!

Elle était accompagnée d'un mandat à l'effet de recevoir, que votre propre signature conférait à ce tiers, de ce mandat, qui, indépendamment même de la possession matérielle du titre, aurait suffi pour me tromper.

C'est donc à vous, à votre faute, que vous devez imputer l'abus, qui a été fait de votre blanc-seing (comp. Duranton, t. XII, n° 48; Larombière, t. III, art. 1240, n° 2).

140. — Ajoutons que la solution, qui précède (*supra*, n° 138), n'est applicable qu'aux matières civiles, *aux créances civiles*.

On reconnaît généralement, avec raison, qu'il ne la faut pas étendre aux créances commerciales, transmissibles par voie d'endossement.

Du texte des articles 144, 145 et 187 du Code de commerce, il résulte que celui qui paye une lettre de change ou un billet à ordre, à son échéance, et sans opposition, est présumé valablement libéré.

Les nécessités commerciales l'exigeaient impérieusement ainsi, sous peine de voir entravée à tout instant la circulation de ces effets, qui doit être sûre pour être rapide.

On peut, d'ailleurs, rattacher cette exception *commerciale* à l'exception *civile*, que nous venons de faire, en disant, avec Duranton, du véritable propriétaire de la lettre de change sur lequel le faux va retomber :

« C'est un malheur pour lui, si c'est par perte que l'effet est sorti de ses mains; et c'est sa faute, s'il l'a mal à propos confié à des mains infidèles. » (T. XII, n° 68.)

141. — Supposons que le mandat a existé d'abord, mais qu'il n'existait plus au moment où le payement a été fait.

A ce moment, il était expiré, révoqué ou fini.

« Le payement fait à celui à qui on a donné pouvoir de recevoir, n'est valable, disait Pothier, qu'autant que ce pouvoir dure encore, lors du payement. » (N° 510.)

Mais cette proposition, ainsi formulée, serait trop absolue.

Il y faut apporter une distinction que l'excellent auteur ajoutait, en effet, aussi :

De deux choses l'une :

Ou le débiteur a payé mal à propos entre les mains de l'ex-mandataire, lorsqu'il savait ou devait savoir que le mandat n'existait plus;

Ou, au contraire, le débiteur a payé de bonne foi entre les mains de l'ex-mandataire, dans l'ignorance irréprochable où il était de l'expiration, de la révocation ou de la fin du mandat.

Dans le premier cas, certainement le payement est nul ;

Mais, certainement, aussi, il est valable dans le second cas, sauf le recours du créancier contre son ancien mandataire.

J'avais donné à Paul, pour une durée de six mois, le

mandat de recevoir en mon nom ce qui m'est dû par Pierre ; ce terme était écrit dans l'acte même du mandat.

Et c'est après l'expiration de six mois, que Pierre, néanmoins, a fait le payement entre les mains de Paul.

Tant pis pour Pierre!

Je pourrai le contraindre à me faire un nouveau payement, sauf son recours contre Paul.

Mais j'ai donné à Paul le mandat de recevoir pendant mon absence et jusqu'à mon retour d'un voyage que je vais entreprendre ; il se pourrait que le payement à lui fait par Pierre depuis mon retour, fût valable; et il le serait en effet, dans le cas où Pierre aurait payé de bonne foi, ignorant mon retour ; c'est ma faute de ne point l'en avoir averti.

142. — Cette distinction, qui nous paraît applicable au cas où le mandat était expiré, lorsque le payement a été fait, est appliquée textuellement par la loi au cas où le mandat était révoqué par la volonté du mandant, ou fini par sa mort ou par son changement d'état.

En effet, aux termes de l'art. 2005 :

« La révocation notifiée au seul mandataire, ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire. »

Et l'article 2009 ajoute :

« Dans les cas ci-dessus (la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat), les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi. » (Comp. L. 12, § 2; l. 5, ff. *De Solut.*; Pothier, *loc. supra cit.*; Colmet de Santerre, t. V, n° 178 *bis*, III.)

143. — Le mandat peut être :

Soit spécial, à l'effet de recevoir le payement de telle dette ;

Soit général, à l'effet de recevoir le payement de tou-

tes les dettes dont le mandant est créancier, ou même de gérer et administrer ses affaires.

« *Nam is qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare ut procuratori solvant.* »

Telle était la règle d'Ulpien. (L. 12; l. 34, § 3. ff. *De Solut.;* Pothier, n° 513.)

Et telle est encore notre règle. (art. 1988).

144. — Pareillement, le mandat peut être :

Soit exprès, c'est-à-dire témoignant, d'une manière explicite, la volonté du mandant de conférer à un tiers le pouvoir de recevoir le payement ;

Soit tacite, c'est-à-dire témoignant cette volonté d'une manière implicite, et résultant des termes de l'acte et des circonstances du fait.

Il ne faut pas sans doute présumer facilement un tel mandat ; et nous allons y revenir.

Ce que nous disons, en droit, c'est qu'un mandat tacite peut suffire.

Car l'article 1988 n'exige un mandat exprès que lorsqu'il s'agit d'aliéner, d'hypothèquer ou de quelqu'autre acte de propriété, et non lorsqu'il ne s'agit que d'actes d'administration.

Or, recevoir un payement est un acte d'administration. (Comp. L. 34, § 3, ff., *De Solut.;* Pothier, *des Obligations*, n° 513; et *du Mandat,* n° 150; Toullier, t. IV, n° 20 ; Duranton, t. XII, n° 47; Troplong, *du Mandat*, n° 287 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 105; Larombière, t. III, art. 1239, n° 5.)

145. — C'est ainsi que l'on a toujours reconnu un mandat tacite de recevoir, dans la remise faite par le créancier à l'huissier, du titre exécutoire de la créance, à l'effet de contraindre le débiteur au payement par les voies légitimes d'exécution.

Quel est, en effet, le mandat donné expressément à l'huissier ?

C'est de pratiquer les voies d'exécution forcée contre le débiteur, si celui-ci ne paye pas. (Art. 556, C. de Proc.)

Or, le débiteur n'a d'autre moyen de prévenir cette exécution, et l'éclat, et les frais, qu'elle entraîne, qu'en payant effectivement pour arrêter les poursuites!

Donc, le mandat exprès d'exécuter le titre implique le mandat tacite de recevoir du débiteur qui offre le payement.

« Attendu, en droit, dit fort justement la Cour de cassation, que l'huissier porteur du titre de la créance, constitué par là le mandataire légitime du créancier, en reçoit valablement le payement, *qui est l'exécution la plus prompte et la plus complète du même titre...* » (3 avril 1840, Fangeyroux, Dev. 1840, I, 924; ajout. Cass., 3 déc. 1838, Cormier, Dev., 1839, I, 339.)

A quel moment ce mandat existe-t-il dans la personne de l'huissier?

Pothier a écrit que le titre exécutoire, dont est porteur le sergent, *qui va, de la part du créancier, pour le mettre à exécution*, équipolle à un pouvoir de recevoir la dette contenue en ce titre...» (n° 513.)

D'où il semblerait résulter que ce n'est qu'au moment où il va pratiquer la saisie des meubles ou des immeubles du débiteur, que l'huissier a qualité pour recevoir le payement et en donner quittance.

Mais telle n'a pas pu être la pensée de Pothier; et les expressions, dont il s'est servi, ne sont certainement qu'énonciatives.

Le motif même, par lequel nous venons d'expliquer le mandat tacite dont l'huissier est pourvu, démontre que ce mandat existe, tant qu'il a, dans ses mains, le titre exécutoire, et qu'il en poursuit l'exécution, c'est-à-dire : soit au moment où il va faire le commandement, qui doit précéder la saisie; soit après le commandement, et dans l'intervalle qui le sépare de la saisie; soit même après la saisie et avant la vente des

objets saisis. (Comp. Toullier, t. IV, n° 20; Duranton, t. XII, n° 50, et t. XVIII, n° 222; Troplong, du *Mandat*, n° 119; Larombière, t. III, art. 1239, n° 13.)

146. — On a même été jusqu'à dire que la remise par le créancier à l'huissier d'un billet sous seing privé, à l'effet d'assigner le débiteur, renfermait le mandat tacite d'en recevoir le payement.

Denizart, dans notre ancien droit, cite un arrêt du Parlement de Rouen, du 8 août 1749, qui l'aurait jugé ainsi. (Dictionnaire, v° *Payement.*)

Et telle est, dans notre droit moderne, la doctrine de Toullier (t. IV, n° 20), et de M. Larombière (t. III, art. 1239, n° 13).

Nous ne croyons pas, toutefois, que l'on doive aller jusque là.

Tout autre nous paraît être l'hypothèse précédente, où le titre est exécutoire ;

Tout autre cette hypothèse où le titre, n'étant que sous signature privée, ne place pas le débiteur sous le coup immédiat d'une exécution forcée, s'il ne paye pas. (Comp. Duranton, t. XII, n° 50; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 105.)

147. — Ce qui est certain, c'est que la seule remise des pièces à un avoué, que l'on charge de poursuivre un procès, ne lui confère pas le mandat de recevoir pour le créancier.

Est-ce que l'avoué, qui a poursuivi l'instance, aurait le droit de recevoir *après* le jugement rendu ?

Non, sans doute !

Pourquoi donc l'aurait-il *avant ?* et de quel motif induirait-on le mandat tacite de recevoir le payement du mandat d'obtenir jugement ?

L'un n'implique certes pas nécessairement l'autre.

Aussi Paul disait-il qu'il serait ABSURDE que le *procurator ad lites* fut autorisé à recevoir le payement *avant*, lorsqu'il ne peut pas le recevoir *après* ! (L. 86, ff., *De Solut.*;

comp. Pothier, n° 513; Duranton, t. XII, n° 49; Larombière, t. III, art. 1239, n° 12.)

148. — « C'est une question célèbre, disait Pothier, de savoir si le pouvoir que nous donnons à quelqu'un de contracter pour nous, comme de vendre ou de louer une chose, renferme celui de recevoir pour nous le prix de la vente ou du louage » (n° 513).

Question célèbre, en effet, et qui n'a pas cessé de diviser les jurisconsultes dans l'ancien Droit et dans le Droit nouveau.

Nous supposons, bien entendu, que le contrat ne renferme, à cet égard, aucune clause spéciale.

Barthole tenait pour l'affirmative, qui était aussi défendue par Fackin (11, *Controv.*, 94).

Tandis que la négative était soutenue par Wissembach (au Dig. ad Titul. *De solutionibus*, n° 14).

C'est cette dernière opinion que Pothier trouvait *la plus plausible;* et il concluait, en effet, que le pouvoir de vendre ne renferme pas celui de recevoir le prix, à moins qu'il n'y ait des circonstances qui donnent lieu de le présumer.

149. — Que faut-il décider aujourd'hui?

Parlons d'abord du mandat de vendre.

Toullier propose de faire une distinction :

« Si le pouvoir de vendre renferme celui de donner un terme pour le payement, il nous paraît évident, dit-il, qu'il ne renferme point celui de recevoir; car alors vendre et recevoir le prix de la vente sont deux actes séparés, qui doivent être faits en des temps différents.

Mais si le pouvoir de vendre ne renferme pas celui de faire crédit ou de donner un terme, le mandataire est alors obligé de vendre *argent comptant;* et, dans ce cas, le pouvoir de vendre renferme nécessairement celui de recevoir le prix et d'en donner quittance. » (T. IV, n° 23).

Cette distinction est importante sans doute; et nous

pensons qu'elle doit, en effet, jouer un rôle dans la thèse qui nous occupe.

Mais elle n'est pas, suivant nous, celle qu'il faut faire d'abord ; il y en a une autre qui la domine.

Et nous ajoutons que, même en l'admettant au rang secondaire, qui est le sien, elle ne nous paraît pas devoir être posée dans les termes sous lesquels Toullier la présente.

Il ne suffit pas, à notre avis, que le mandat de vendre renferme le pouvoir de concéder un terme, pour être exclusif du mandat de recevoir le prix.

Ce qu'il faut, pour cela, c'est qu'il ne soit donné que pour vendre à terme.

Car s'il est donné pour vendre, soit au comptant, soit à terme, et avec la faculté seulement de concéder un terme, le mandataire qui aura le pouvoir de recevoir le prix, s'il vend au comptant, nous paraît avoir aussi ce pouvoir, s'il vend à terme ; car il est, en effet, constitué mandataire pour toutes les conséquences de la vente jusqu'à son complet achèvement.

Tandis que, au contraire, celui qui n'a mandat que pour vendre à terme, n'a pas du tout mandat de conduire l'opération à son dénoûment, ni de recevoir le prix. (Comp. Duranton, t. XII, n° 51 ; Larombière, t. III, art. 1239, n° 6.)

150. — Mais il faut, d'abord, disons-nous, faire une première distinction, vers laquelle le savant annotateur de Toullier, M. Duvergier, paraît aussi incliner (*loc. supra cit.*, note *b*).

Cette distinction consiste à séparer le mandat de vendre des meubles, d'avec le mandat de vendre des immeubles.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de meubles, de choses mobilières, nous croyons que, en général, le mandat de vendre renferme le pouvoir de recevoir le prix.

Cela est évident, pour les ventes, que le mandataire

doit faire au comptant, et dont l'exécution s'accomplit immédiatement par la délivrance, qu'il fait de la chose, dont la possession lui a été remise à cet effet. Comme l'acheteur ne peut obtenir cette délivrance qu'en payant le prix, et que le mandataire est chargé de la lui faire, il est clair qu'il est, par cela même, chargé de recevoir le prix.

Tels sont les vendeurs à l'encan ou à la criée, huissiers, commissaires-priseurs et autres, qui sont même responsables du crédit qu'ils font aux acheteurs, en cas d'insolvabilité de ceux-ci, ou encore les *revendeurs à la toilette*, comme on les appelle.

Et même, dans le cas où la vente peut être faite à terme, le mandat de vendre le meuble, dont la possession est remise au mandataire, et qu'il est chargé de délivrer à l'acheteur, semble bien impliquer aussi le mandat de représenter le vendeur dans toutes les conséquences du contrat jusques à son entière consommation, et de recevoir le prix à l'échéance du terme. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 155, note 6; Larombière, t. III, art. 1239, n° 6.)

151. — Mais, dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'immeubles, notre avis est, au contraire, que, en général, le mandat de vendre, soit à terme, soit au comptant, ne renferme pas le pouvoir de recevoir le prix. (Comp. Rouen, 9 nov. 1839, Roger, Dev. 1840-II-80.)

C'est que, en effet, la vente d'un immeuble, à la différence de la vente d'un meuble, ne s'accomplit pas, *uno momento*, par un seul et même acte.

Lors même qu'elle est faite, comme on dit, au comptant, elle implique nécessairement, presque toujours, un certain terme, avant le payement du prix, pour l'accomplissement des formalités de la transcription, de la purge, etc.

De sorte que cette vente se décompose en deux actes distincts, séparés par un intervalle de temps plus ou

moins long : la convention elle-même d'abord, et ensuite son exécution, sans qu'il y ait aucun motif déterminant, ni en droit ni en fait, de conclure que le mandat, qui est donné pour le premier, c'est-à-dire pour vendre, soit aussi donné pour le second, c'est-à-dire pour recevoir le prix.

Ajoutons que l'importance de ces ventes est généralement plus considérable, et que la confiance du mandant, dans la personne du mandataire, qui est à peu près absolue, lorsqu'il s'agit de meubles, dont il lui remet la possession, n'apparaît plus avec le même caractère, lorsqu'il s'agit d'immeubles dont le détournement est impossible!

Ce sont là, tout au moins, de graves raisons de douter, en cas pareil, de l'étendue de ce mandat.

Et elles suffisent pour que l'acquéreur doive se garder de payer son prix entre les mains du mandataire :

« Attendu..... que c'est au débiteur à s'enquérir et à s'assurer de la capacité et de l'étendue des pouvoirs du mandataire, quand il traite en l'absence du mandant ou du créancier. » (Cass. 21 nov. 1836, de Préaulx, Dev. 1836, 1, 892.)

152. — Au point où nous en sommes, la solution de la seconde question, que nous avons posée, sera facile (*supra*, n° 148).

Le mandat de louer ou d'affermer renferme-t-il tacitement le mandat de recevoir les loyers ou les fermages?

Nous répondons :

Oui, pour ce qui doit être payé comptant par le preneur, au moment où le bail est conclu : les pots-de-vin, les termes payés d'avance ; ou même le prix entier de la location, comme il est d'usage, par exemple, pour les maisons situées sur le bord de la mer ;

Non, pour ce qui doit être payé, dans le cours du bail, et pour les loyers ou fermages à échoir. (Comp. L. I, § 12, ff. *De exercit. act.;* Duranton, t, XII, n° 51 ; Larombière, t. III, art. 1239, n° 7.)

153. — L'indication d'un lieu de payement, autre que le domicile du débiteur, confère-t-elle tacitement le mandat de recevoir, à la personne dont le domicile est indiqué?

Quoiqu'on l'ait soutenu ainsi, cette solution nous paraît inadmissible.

Mais pourtant l'article 1248 dispose que :

« Le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention.... »

Oui, sans doute !

Mais, en même temps, l'article 1239 dispose que :

« Le payement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui... »

Or, il n'y a aucune raison pour dire que l'article 1248 déroge à l'article 1239.

Ces deux textes peuvent, au contraire, être appliqués l'un et l'autre concurremment ; de sorte que le payement devra être fait, *dans le lieu désigné par la convention, au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui.*

L'article 1258 prouve bien que telle est la véritable interprétation de ces articles; car, de son côté aussi, il dispose que les offres réelles doivent être faites, concurremment et cumulativement, au créancier ayant la capacité de recevoir (n° 1), et au lieu dont on est convenu pour le payement (n° 6).

Tel n'est pas, en effet, généralement le but de l'indication d'un lieu de payement.

Ce que les parties le plus ordinairement, se proposent par cette clause, c'est de procurer, à raison de la différence des lieux, une plus grande facilité, soit au créancier pour recevoir, soit au débiteur pour se libérer. (Comp. Cass. 23 juill. 1828, Sirey 1828, I, 308 ; Cass. 23 nov. 1830, Dev. 1831, I, 153; Cass. 21 nov. 1836, de Préaulx, Dev. 1836, 1, 892.)

154. — La solution, qui précède, devrait être maintenue, lors même que l'indication d'un lieu de payement

serait accompagnée d'une élection de domicile faite dans ce lieu par le créancier.

Nous avons déjà reconnu, en effet, que le payement ne peut pas être fait au domicile élu, dans les termes de l'article 111. (Comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général; du Domicile*, n° 378.)

155. — Il en serait encore ainsi, lors même que le lieu indiqué pour le payement serait l'étude d'un notaire ou de tout autre officier ministériel.

Voici un acte de vente ou d'adjudication, qui porte que le prix sera payé par l'acheteur ou par l'adjudicataire, dans l'étude du notaire, devant lequel la vente ou l'adjudication est passée.

Qu'y a-t-il là?

L'indication d'un lieu de payement; pas autre chose!

D'où il suit qu'aucun mandat n'est donné au notaire de recevoir le prix pour le vendeur, et que le payement, qui serait fait entre ses mains, ne serait pas libératoire. (Comp. Cass., 12 mars 1844, Michel, Dev., 1844, I, 321; Douai, 29 nov. 1849, Garret, Dev., 1850, II, 223, Rennes, 11 avril 1867, Cézard, Dev., 1869, II, 45; Duranton, T. XII, n° 49 *bis;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 105; Larombière, t. III, art. 1239, n° 10.)

156. — Telle est, du moins, la règle.

Mais comme cette règle est fondée sur l'interprétation vraisemblable de la volonté des parties, elle n'est pas absolue.

Et rien ne s'oppose à ce que les juges, déduisant une interprétation différente des termes de l'acte et des circonstances du fait, décident, au contraire, que le mandat de recevoir a été conféré au notaire (comp. les arrêts précités, n° 152).

157. — Eh bien! donc, le notaire avait mandat pour recevoir le prix de la vente.

Mais l'acquéreur, se présentant à l'étude pour payer,

a versé son prix entre les mains d'un clerc, qui lui en a donné une quittance signée de lui seul.

Puis, le notaire, tombé en déconfiture, a disparu.

Et le clerc, qui a reçu le prix, est insolvable.

Pour qui la perte ?

Question de fait ! question de bonne foi !

En droit, le notaire, ou plus généralement, l'officier ministériel a bien pu conférer tacitement, par une pratique publique, à son clerc, le pouvoir de recevoir en son lieu et place (art. 1985).

En fait, lui a-t-il conféré ce pouvoir ?

Si la réponse est affirmative, le payement devra être déclaré valable (comp. Cass., 4 août 1835, Cosnard, Dev., 1836, I, 388 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 105).

158. — Il faut même ajouter que telle sera, presque toujours, la vraie réponse, et la plus conforme aux usages constants de notre pratique moderne, non-seulement à l'égard des clercs, dans les études des officiers ministériels, mais plus généralement à l'égard des préposés dans la plupart des comptoirs et des bureaux des entreprises commerciales ou industrielles.

Ulpien enseigne, il est vrai, dans un fragment, qui paraît avoir l'approbation de Pothier, (n° 513), que celui qui n'est préposé sur un vaisseau que pour faire, avec les passagers, le marché de leur passage, n'a pas mandat d'en recevoir le prix. (L. I, § 12, ff. *De exercit. act.*)

Oui, sans doute, s'il n'est préposé qu'à cela.... *ad hoc solum,* dit le jurisconsulte romain.

Mais ce cas est le plus rare ; ou plutôt il ne se rencontre guère dans nos usages actuels.

Aussi, quelle qu'ait pu être la doctrine romaine, pensons-nous que la doctrine française doit se montrer plus facile à reconnaître, en ces sortes d'affaires, l'existence d'un mandat tacite, pour recevoir le payement.

159. — Pothier distinguait *ceux, qui ont pouvoir du créancier pour recevoir, d'avec ceux, à qui la convention donne qualité pour recevoir.*

Et il s'occupait, séparément, des premiers, dans le paragraphe 2, et des seconds, dans le paragraphe 4 du chapitre I de la seconde partie de son *Traité*.

Cette distinction est, en effet, importante.

Les uns, sont, il est vrai, comme les autres, les mandataires du créancier.

Mais voici la différence :

C'est que ceux auxquels le créancier, seul, en dehors de la convention, a donné pouvoir de recevoir en son nom, sont des mandataires nommés dans son seul intérêt, à lui mandant :... *mandantis tantum gratiâ;*

Tandis que ceux, auxquels la convention a conféré ce pouvoir, sont le plus généralement nommés soit dans l'intérêt du mandant et dans l'intérêt d'un autre, d'un tiers, ou du débiteur : *suâ et alienâ gratiâ;* soit uniquement dans l'intérêt d'un tiers ou du débiteur : *alienâ tantum gratiâ*. (Comp. *Inst.* de Justinien, lib. III, tit. XXVI, *De mandato*, § 1.)

Je vends à Pierre ma maison 100 000 francs.

Et, dans l'acte de vente, est insérée une clause, qui porte que Pierre, l'acheteur, *pourra payer* son prix à Paul, ou *payera* son prix à Paul.

Quel est ce Paul?

Il peut être un tiers, à qui j'en veux faire donation.

Il peut être mon créancier.

Il peut être l'associé de mon débiteur, etc.

Ces tierces personnes, ajoutées dans la convention, à l'effet de recevoir le payement, sont celles, en effet, que les lois romaines désignent sous la dénomination : *adjecti solutionis gratiâ*.

Et elles ont le pouvoir de recevoir le payement, soit du débiteur, soit de tout autre, qui vient payer pour lui; de le recevoir, disons-nous, quoique d'ailleurs elles

n'aient pas le droit de l'exiger. (Comp. L. II, et 71 ff. *De solut.*)

160. — Quand il s'agit d'un mandat conféré par le créancier seul, en dehors de la convention, il est certain :

1° Que ce mandat peut être révoqué par lui seul ;

2° Qu'il finit par la mort, ou par un changement d'état, qui rend le mandataire incapable.

Mais il n'en est pas ainsi du mandat conféré à un tiers par la convention :

1° En principe, il ne peut pas être révoqué, si ce n'est du consentement mutuel des parties.

La raison en est simple.

C'est qu'il a été, en effet, constitué de leur consentement mutuel, et qu'il forme une des clauses de leur convention qui fait, comme toutes les autres, leur loi commune : « .... *Quia certam legem habuit stipulatio,* » disait Ulpien (L. 32, § 3, ff. *De solut.;* art. 1134, 1856; comp. Bordeaux, 7 mars 1831, Dev., 1831, II, 250; Bordeaux, 3 mai 1832, Dev., 1832, II, 101 ; Cass., 22 nov. 1831, Dev., 1832, I, 175).

161. — Pothier ajoutait :

« Néanmoins si le créancier alléguait qu'il a des raisons pour que le payement ne se fasse pas entre les mains de cette personne indiquée par le contrat, et que le débiteur n'eût aucun intérêt de payer entre les mains de cette personne plutôt qu'au créancier lui-même, ou à quelqu'autre personne qu'il lui indiquerait à la place de celle indiquée par le contrat, ce serait, de la part de ce débiteur, une mauvaise humeur et une obstination que la justice ne devrait pas tolérer. » (n° 525).

Nous adhérons à cet amendement (arg. de l'art. 1856 précité; L. 38 ; L. 95, ff. *De solut.;* comp. Larombière, t. III, art. 1239, n° 9).

162. — 2° Pareillement, le mandat, qui fait partie de la convention passée entre le créancier et le débiteur,

ne finit point par la mort ni par le changement d'état du mandataire.

Il ne finit pas ainsi, disons-nous, lorsqu'il a été donné dans l'intérêt du débiteur, ou dans l'intérêt d'un tiers, qui a déclaré vouloir en profiter (art. 1121; comp. le tome I de ce *Traité, loc. supra cit.*).

Dans un contrat de vente, que j'ai fait avec Paul, il a été convenu qu'il payerait son prix à Pierre qui est mon créancier, et qui a déclaré accepter cette indication (art. 1277).

Pierre meurt!

Le prix pourra être payé à ses héritiers.

Pierre est interdit!

Le prix pourra être payé à son tuteur (comp. Toullier, t. IV, nos 24 et suiv.; Duranton, t. XII, nos 53 et suiv.; Larombière, t. III, art. 1239, n° 9).

163. — Les jurisconsultes romains, et, après eux, Pothier remarquaient que l'on peut indiquer de payer à un tiers, non-seulement la chose qui est due, mais une autre chose; — ou dans un lieu différent de celui où le créancier lui-même doit recevoir; — ou encore dans un délai différent, etc. (Comp. L., 34, § 2; L., 98, § 4, ff. *De Solut.;* Pothier, nos 517 et suiv.).

Cela est, en effet, d'évidence.

Cette convention est libre, bien entendu! et elle comporte toutes les clauses, qu'il plaît aux parties d'y ajouter, dès qu'elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs ni à l'ordre public.

164. — Débiteur envers Paul d'une somme de 10,000 francs, j'avais le droit de la payer, soit à Paul, soit à Pierre, qui avait été indiqué dans la convention pour la recevoir.

J'ai d'abord payé un à-compte de 4000, à Paul, mon créancier.

Puis-je ensuite payer le restant dû, 6000, à Pierre?

Le jurisconsulte Celsus répondait affirmativement :....

Reliquum promissor recte Titio dabit. (L., 71, princ., ff. *De solut.*).

Et nous ne voyons pas, en effet, de motif, qui s'y oppose ; car on ne saurait induire du payement partiel, que le débiteur a fait à son créancier, la renonciation au droit que la convention lui confère de se libérer finalement entre les mains de *l'adjectus solutionis gratiâ.*

165. — *b.* Ce n'est pas seulement, avons-nous dit, en vertu d'un mandat conventionnel, qu'un tiers peut valablement recevoir le payement au nom du créancier (*supra*, n° 133).

C'est aussi en vertu d'un mandat judiciaire.

On peut citer comme mandataires judiciaires, le curateur, préposé aux intérêts du présumé absent, conformément à l'article 112 ; — l'administrateur provisoire, qui est nommé, conformément à l'article 497, à la personne, dont l'interdiction est poursuivie ; — celui qui, après avoir pratiqué une saisie-arrêt, a obtenu un jugement ordonnant que le tiers saisi payera entre ses mains, etc.

166. — *c.* Quant au mandat légal, en vertu duquel un tiers peut recevoir au nom du créancier, les exemples en sont faciles ; et nous les connaissons déjà.

Tel est l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent (art. 134) ; — le tuteur d'un mineur ; — ou d'un interdit, etc.; (art. 450 ; 509 ; comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 102; notre *Traité de la Minorité ; — de la Tutelles et de l'Émancipation ; — de l'Interdiction*, etc., t. I, n° 318 ; et t. II, n° 403, 633.)

167. — Il est bien entendu que le payement peut être fait non-seulement au mandataire judiciaire ou légal en personne, mais encore à celui auquel il a conféré le mandat de recevoir pour lui ;

Aussi longtemps du moins que dure son mandat à lui-même.

Car le mandat, qu'il a conféré, finirait évidemment

par toutes les causes, qui feraient finir le sien, par sa mort, par son changement d'état, ou par la majorité du mineur, ou la main-levée de l'interdiction, s'il s'agissait du tuteur d'un mineur et d'un interdit. (Comp. Pothier, n° 511.)

168. — II. La règle, que nous venons d'exposer, comporte, avons-nous dit, deux exceptions (*supra*, n° 133).

A. Il se peut qu'un payement qui n'a pas été fait au créancier ni à son fondé de pouvoir, ou qui a été fait à un créancier incapable, doive être considéré comm valable.

169. — 1° Supposons d'abord le premier cas.

Le payement n'a pas été fait au créancier ni à son fondé de pouvoir.

Le second alinéa de l'article 1239 est ainsi conçu :

« Le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de « recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le « ratifie ou s'il en a profité. »

Voilà deux exceptions, qu'il suffit d'énoncer pour les justifier.

1° Le créancier a ratifié le payement, que le débiteur avait fait entre les mains d'un tiers, sans qualité pour le recevoir.

Évidemment, il a renoncé au droit qu'il avait de demander la nullité de ce payement.

C'est désormais comme si ce tiers avait eu qualité; la ratification équivaut, rétroactivement, à un mandat, dont il aurait été muni, au moment du payement.

Et c'est, en effet, de ce moment même, que date la validité du payement, dont la nullité originaire disparaît.

« .... *Rati enim habitio mandato comparatur.* » disait Ulpien, à cette occasion même. (L., 12, § 4, ff. *De solut.*; Pothier, n° 528.)

170. — Cette ratification peut être expresse ou tacite.

Et elle n'est, d'ailleurs, pas plus dans un cas que dans l'autre, soumise à aucunes formes spéciales.

C'est ainsi qu'il n'est pas nécessaire de remplir, pour

la ratification expresse, les formalités auxquelles l'article 1338 soumet la ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision.

Il ne s'agit pas d'une action en nullité ou en rescision d'une obligation.

De quoi s'agit-il?

De l'approbation du fait, qui a eu lieu.

Or, une simple manifestation de volonté suffit à cet effet, dès qu'elle est non équivoque.

171.—Quant à la ratification tacite, elle peut résulter de faits, dont l'appréciation appartient aux magistrats, et qui témoignent, de la part du créancier, la volonté de tenir pour bien fait le payement qui a été fait par le débiteur à ce tiers sans pouvoir. (Comp. Cass. 12 nov. 1872, Morel, Dev. 1873, I, 358.)

Le débiteur n'avait payé à celui-ci que la moitié de sa dette, 5000 fr., par exemple, sur 10,000 fr..

Et c'est après cela, que le créancier forme, contre lui, une demande en payement de 5000 fr. seulement.

Ou bien encore, le créancier forme une demande en remboursement contre le tiers, entre les mains duquel le débiteur a fait le payement.

Ces faits-là pourront témoigner, de sa part, d'une ratification.

Et si, en effet, on y reconnaît une ratification, c'est fini! le payement est validé, lors même que le créancier, par suite de l'insolvabilité du tiers, ne pourrait pas recouvrer, contre lui, ce que le débiteur lui a payé.

172.—2° Le créancier a profité du paiement qui a été fait par le débiteur à un tiers sans mandat.

Le tiers a employé la somme reçue à acquitter une dette du créancier, une dette, par exemple, que celui-ci avait intérêt à acquitter, avant toutes autres (comp. Locré, *Legisl. civ.*, t. XII, p. 167 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, *Législat. civ.*, p. 106.)

Ou il en a fait un autre emploi utile dans ses affaires.

Comment le créancier pourrait-il venir demander un second payement?

Mais alors il recevrait donc deux fois; et il s'enrichirait aux dépens d'autrui!

173. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que si le créancier n'avait profité qu'en partie, le paiement ne serait validé que jusqu'à due concurrence.

Telle est la conséquence de notre règle.

174. — 3° A ces deux exceptions, que l'article 1239 mentionne, Pothier (n° 529) en ajoutait une troisième, que notre article ne mentionne pas, mais qui n'en est pas moins certaine, malgré son silence.

C'est le cas où le tiers sans pouvoir, à qui le paiement a été fait, est devenu l'héritier du créancier, ou a succédé, de tout autre manière, à la créance.

Le voilà donc créancier!

Or, c'est à lui-même que le payement a été fait.

Évidemment, il ne saurait le critiquer!

Et c'est sans doute à cause de cette évidence, que le législateur n'a pas cru qu'il fût nécessaire de s'en expliquer.

175. — 4° Enfin, voici une quatrième exception à notre règle.

Elle est écrite dans l'article 1240, en ces termes:

« Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit, par la suite, évincé. »

Cette exception est certainement plus complète que les autres; on peut dire qu'elle est radicale!

Le payement n'a pas été fait au créancier ni à son représentant; il a été fait à une personne sans droit;

Le créancier ne l'a pas ratifié;

Il n'en a pas profité;

Il n'a pas succédé à la personne qui l'a reçu.

Et néanmoins, le payement est valable! il est valable, quoiqu'il advienne, alors même que la personne, qui a

reçu, serait insolvable et ne pourrait pas rendre au créancier la chose qui lui a été indûment payée !

Mais comment donc ?

Nos anciens disaient :

« *Qui doit à Luc, et paye à François,*
« *paye une autre fois.* »

(Leroux, t. II, p. 280, Inst. cout. de Loysel, liv. II, it. VI, n° 4).

Voilà bien notre fait !

Je devais à Luc, et j'ai payé à François.

Et pourtant je ne payerai pas deux fois.

Pourquoi ?

Il y en a deux motifs, qui justifient très-bien cette exception dans l'hypothèse, à laquelle le législateur l'applique, et que nous allons exposer.

D'une part, le débiteur est irréprochable ! ce qu'il a fait, il ne pouvait pas s'empêcher de le faire ; il a payé à celui qui représentait la créance, et qui, pour ainsi dire, la personnifiait ; à celui qui pouvait exiger le payement, et qui même peut-être l'a exigé !

D'autre part, au contraire, le créancier peut n'être pas exempt de reproches. Pourquoi n'a-t-il pas exercé lui-même son droit ? pourquoi a-t-il laissé se produire une situation, qui serait un piége pour le débiteur, si on ne lui subvenait pas ! s'il n'a pas pu l'empêcher, c'est un malheur pour lui ; et c'est lui qui doit en supporter les conséquences.

Ajoutons que la libération est favorable ; que le payement est, de tous les actes, celui auquel il importe le plus peut-être de donner de la sécurité, de la solidité ; car c'est un acte nécessaire ! et, dans l'hypothèse, où nous allons entrer, on n'aurait pas pu, en effet le déclarer nul, sans jeter, dans le commerce de la vie civile, de grandes perturbations.

176. — Mais pourtant si bien justifiée qu'elle puisse paraître, l'exception n'en est pas moins grave.

Et il importe de bien préciser les conditions sous lesquelles elle est admise.

Il y en a deux :

L'article 1240 exige, pour qu'un tel payement soit valable :

1° Que le débiteur soit de bonne foi ;

2° Que le créancier soit en possession de la créance.

177.—1° La première condition est bien simple.

Il faut que le débiteur ait été de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait cru loyalement livrer la chose due au véritable créancier, lorsqu'il la livrait à une personne sans droit.

Ce qu'il est nécessaire de remarquer aussi, c'est que cette bonne foi du débiteur doit être inspirée par ce fait que la personne sans droit, à laquelle il a payé, était possession de la créance.

Les deux conditions se tiennent; et la première se lie à la seconde.

Il ne suffirait pas d'une bonne foi quelconque du débiteur, même la plus sincère, si cette bonne foi ne reposait pas sur l'existence de la première condition.

Voici un débiteur, qui dans son ignorante naïveté, croit pouvoir payer à Pierre ce qu'il doit à Paul, parce-que Pierre a la détention matérielle de l'acte par lequel il s'est obligé envers Paul.

Il ne sera pas libéré! (*infra*, n° 182).

Ceci est, en effet, de l'ignorance et de la naïveté!

Légalement, ce n'est pas de la bonne foi!

178. — Est-il nécessaire, pour que le débiteur soit considéré comme de bonne foi, qu'il se soit fait représenter le titre de la créance par la personne sans droit, aux mains de laquelle il a payé?

Le texte ne l'exige pas;

Ni la raison non plus!

La disposition de l'article 1240 est générale; elle s'applique aux créances qui ne sont pas constatées par un

acte écrit, aussi bien qu'à celles qui sont constatées par un acte écrit.

Et il est impossible d'exiger absolument, comme preuve de la bonne foi du débiteur, qu'il se soit fait représenter l'acte écrit constatant la créance.

Ajoutons, toutefois, que, dans le cas où il existe, en effet, un acte écrit de la créance, la circonstance que le débiteur n'en aurait pas demandé la représentation à l'individu sans droit, aux mains duquel il a payé, serait de nature à élever des doutes sur sa bonne foi.

Cela devient alors une question de fait.

179. — Ce que nous venons de dire a, par avance, annoncé que nous reconnaissons au débiteur le droit de demander la représentation du itre de la créance, et bien mieux encore ! la justification de sa qualité de véritable créancier, à quiconque se présente à lui pour en réclamer le payement.

Toullier a pourtant enseigné une doctrine contraire :

« Le possesseur de la succession, dit-il, pourrait exiger toutes les créances, qui composent l'hérédité, *sans que les débiteurs fussent recevables à lui contester sa qualité d'héritier, ni à prouver qu'il existe d'autres héritiers ayant droit de partager avec lui ou même de l'exclure.* » (T. IV, n° 27).

Mais l'article 1240 ne dit rien de pareil !

Le principe fondamental de notre matière, c'est, au contraire, que le débiteur ne peut payer valablement, qu'entre les mains du véritable créancier (art. 1239).

Et, par conséquent, c'est son intérêt incontestable comme son incontestable droit de s'assurer que celui, par lequel le payement est demandé, est bien, en effet, le véritable créancier.

L'exception que l'article 1240 apporte à ce principe, n'est pas fondée sur ce motif que le débiteur serait sans droit pour vérifier la qualité du possesseur de la créance !

Le motif, sur lequel elle est fondée, c'est précisément

qu'il est de bonne foi! c'est que la pensée ne lui est pas venue d'approfondir cette situation et ces apparences, par lesquelles il a pu être trompé, sans qu'on soit fondé à lui en faire un reproche (comp. *supra*, n° 175).

Aussi Toullier a-t-il été repris par son judicieux annotateur, M. Duvergier, qui ajoute que « *l'on ne peut sérieusement refuser au débiteur la faculté d'établir que le porteur du titre n'est pas héritier.* » (*Loc. supra, cit.*, note *b*; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 313).

180. — La bonne foi n'est d'ailleurs exigée que de la part du débiteur, qui paye.

Peu importe que l'individu sans droit, auquel le payement est fait, soit de bonne foi ou de mauvaise foi.

Peu importe, disons-nous, pour la validité du payement, en ce qui concerne le débiteur de bonne foi, qui a fait le payement entre ses mains.

Cette circonstance que l'individu sans droit, qui a reçu, était de mauvaise foi, ne change, effectivement, en rien, la situation du débiteur lui-même;

Sauf le droit du véritable créancier de prendre des conclusions plus dures contre celui qui a reçu de mauvaise foi, que contre celui qui a reçu de bonne foi (comp. notre *Traité de l'Absence*, n°s 217 et suiv.).

181.— II. La seconde condition que l'article 1240 exige pour que le payement, dont il s'occupe, soit valable, c'est qu'il ait été fait à celui qui était *en possession de la créance.*

Or, qu'est-ce que la créance?

C'est le droit personnel, qui résulte de l'obligation au profit du créancier contre le débiteur.

Posséder ce droit, c'est donc posséder une chose incorporelle!

Mais comment cela se peut-il?

Aux termes de l'article 2228 :

« La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou que nous exer-

çons par nous-même ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

Que la possesion, qui est exigée par l'article 1240, ne consiste pas dans la *détention d'une chose*, cela est évident; puisqu'il s'agit d'une chose incorporelle : « *quæ tangi non potest.* »

Consiste-t-elle, peut-elle consister *dans la jouissance d'un droit?*

Pas davantage!

Quel est, en effet, le fait de jouissance par lequel on peut exercer un droit de créance?

C'est le fait, par lequel on en reçoit le payement!

Or, il est clair que ce n'est pas non plus dans un tel exercice que consiste la possession, que l'article 1240 exige! car si cet exercice avait eu lieu, il n'y aurait plus de créance; et cette prétendue possession ne pourrait jamais exister, puisque l'acte même, qui devrait la faire naître, aurait tout aussitôt pour résultat de l'anéantir!

Et puis, en vérité, il résulterait de là une conséquence absurde, c'est que le payement pourrait être fait au premier venu!

Ces mots de notre texte : *en possession de la créance,* ont donc un sens spécial.

Ce qu'ils signifient, c'est que celui, à qui le payement est fait, doit avoir, nous pourrions dire : *la possession d'état de créancier;* une possession telle, que la créance en effet, semble résider dans sa personne; et que, s'il n'est pas le véritable créancier, le débiteur *ait eu juste sujet,* comme dit Pothier, de le croire tel.

Le possesseur de la créance, c'est donc celui qui joue le rôle de créancier, et qui porte, en quelque sorte, son masque!

C'est le créancier apparent et putatif.

182. — Cette explication prouve assez qu'il ne faut pas considérer comme étant en possession de la créance, celui qui en détient le titre, *l'instrumentum.*

Nous exceptons, toutefois, *les titres, les créances au porteur.*

Ces sortes de créances, en effet, étant, pour ainsi dire, *matérialisées* dans le titre même, qui les constate, il est vrai de dire que posséder le titre, c'est posséder la créance

Aussi, le payement fait au porteur du titre, quel qu'il soit, est-il, en ce cas, bien fait.

C'est donc là aussi une application de notre article 1240.

185. — Mais c'est, croyons-nous, une application, pour laquelle il n'a pas été fait, et qu'il n'a pas eu en vue, du moins principalement.

L'application, que l'article 1240 a surtout en vue, se rapporte aux créances ordinaires, aux créances *nominatives.*

Et c'est de celles-là, que nous disons que ce n'est pas en avoir la possession que d'avoir seulement la possession du titre qui les constate.

La créance elle-même est une chose incorporelle; elle n'est pas dans le titre; elle n'est nulle part ailleurs que dans notre intelligence..., *nullo continetur loco!* (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens;* etc., t. I, n° 31.)

Et puis, dès que le titre est nominatif, et qu'il désigne la personne du créancier, qu'importe la simple détention, que vous en avez? cela vous rend-il créancier, même seulement en apparence?

Pas le moins du monde!

Et puis enfin, quels sont les actes de possession, les faits de jouissance, que vous pouvez exercer sur ce titre, dont vous avez la détention?

Il n'y en a aucun!

Si la possession d'une chose en fait présumer la propriété, c'est que cette possession permet, en effet, d'exercer les droits, qui dérivent de la propriété; c'est que le possesseur peut prendre, extérieurement du moins, l'attitude du propriétaire.

Mais est-ce que jamais celui qui n'est que possesseur du titre de la créance, pourrait prendre l'attitude du créancier !

184. — Nous venons de définir, scientifiquement, le sens qu'il faut attacher à ces mots de l'article 1240 : *être en possession de la créance.*

Faut-il maintenant fournir des exemples ?

Ils ne manquent pas !

Nous les prendrons d'abord chez les possesseurs d'une universalité de biens, d'un patrimoine.

Ce sont, en effet, les plus importants et les plus ordinaires.

Tel est le cas où le payement a été fait à l'héritier apparent du créancier décédé, qui plus tard a été exclu de la succession par un héritier plus proche.

Tel est encore le cas où l'héritier s'est fait restituer contre son acceptation, conformément à l'article 783. (Comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 236 ; et notre *Traité des Successions*, t. II, n° 569 ; Paris, 23 juill. 1831, Dev., 1831, II, 299 ; Paris, 9 nov. 1831, Dev., 1832, 2, 5 ; Colmar, 18 janv. 1850, Domaine de l'État, Dev., 1851, II, 533 ; Pothier, n° 503 ; Toullier, t. IV, n°s 26, 27 ; Duranton, t. XII, n°s 69, 70 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 104 ; Larombière t. III, art. 1240, n° 1 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 179 *bis*, II.)

185. — Les mêmes exemples, d'ailleurs, peuvent se rencontrer chez les possesseurs à titre singulier.

Tel est le cas du légataire d'un immeuble en vertu d'un testament, dont la révocation avait eu lieu par un second testament ignoré d'abord, lorsque la délivrance lui en a été faite, et auquel les locataires ou les fermiers auraient payé ce qu'ils devaient, en exécution de leurs baux.

Tel serait encore le cas où la créance aurait été cédée, si, après le payement que le débiteur en aurait fait au cessionnaire, la cession venait à être annulée, rescindée ou résolue. (Comp. Cass., 19 mai 1835, Dev., 1835, I,

308; Larombière, t. III, art. 1240, n° 1; Colmet de Santerre, t. V, n° 179 *bis*, III.)

186. — Mais si l'acte de cession était reconnu faux, le tiers, qui en était porteur, devrait-il être considéré comme ayant été en possession de la créance?

Nous ne le pensons pas.

Les mêmes arguments, qui nous ont porté à décider que le payement fait au porteur d'un faux mandat, est nul, nous portent également à considérer comme nul le payement fait au porteur d'un faux acte de cession.

Nous ne pouvons donc que nous y référer. (*Supra*, n° 138.)

187.—C'est le *payement* fait à celui qui était en possession de la créance, que l'article 1240, déclare valable;

Le *payement*, d'après le sens spécial, où ce mot est employé dans le paragraphe qui nous occupe, c'est-à-dire l'exécution même de l'abrogation, le payement effectif.

D'où nous devons conclure qu'il ne faut pas appliquer notre article à la remise, totale ou partielle, qui aurait été faite au débiteur, même de bonne foi, par le possesseur de la créance.

Cette remise ne serait donc pas valable, à l'encontre du véritable créancier.

Nous supposons une remise volontaire, bien entendu, dans les termes de l'article 1282. (Comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 248; Larombière, t. III, art. 1240, n° 8.)

188. — Mais supposons que le créancier apparent a disposé autrement de la créance.

Il a fait une novation avec le débiteur;

Ou bien il a cédé sa créance à un tiers.

La novation ou la cession sera-t-elle valable?

Il semble que l'on doit répondre négativement.

Ce n'est point là un payement; et dès lors le texte de l'article 1240 fait défaut.

Le motif, sur lequel il est fondé, ne manque-t-il pas

de même? la novation, ni la cession ne sont pas, en effet, comme le payement, des actes nécessaires!

Voilà la solution, qui est, en effet, généralement admise. (Comp. notamment Larombière, *loc. supra cit.*).

Mais cette question spéciale se rattache à la thèse générale et beaucoup plus vaste, qui consiste à savoir si les aliénations consenties par l'héritier apparent sont valables.

Nous avons consacré à cette thèse des développements étendus, auxquels nous ne pouvons que nous référer. (Comp. notre *Traité* précité *de l'Absence*, nos 248 et 252.)

Si la doctrine, que nous avons présentée, était admise, il faudrait, au contraire, déclarer valable la novation ou la cession faite par l'héritier apparent.

Telle est aussi la conclusion, à laquelle cette doctrine nous a conduit et que nous persistons à considérer comme exacte.

189. — Ce qui nous paraît certain, d'ailleurs, c'est que dans le cas où il y a eu payement, il n'importe pas que le payement ait été fait par anticipation, ou à l'échéance du terme, lorsque la créance n'était pas exigible.

Il doit être déclaré valable, dans un cas comme dans l'autre.

L'article 1240, en effet, ne fait aucune distinction de ce genre.

Et il n'en devait pas faire, dès que les deux conditions qu'il exige, sont réunies; à savoir : la bonne foi dans la personne du *solvens;* et la possession de la créance, dans la personne de *l'accipiens.*

190. — Voici l'opinion, que M. Larombière exprime :

« L'article 1240 n'est pas applicable au tiers, qui sans y être intéressé, acquitte volontairement la dette au nom et en l'acquit du débiteur, ou en son nom personnel et avec subrogation. S'il a un recours à exercer, c'est seu-

lement contre celui qui a reçu, et non contre le débiteur, qui n'a tiré aucun profit du payement, *puisqu'il est toujours obligé envers le créancier véritable.* » (T. III, art. 1240, n° 6.)

Tel n'est pas notre avis.

Et nous croyons, au contraire, que l'article 1240 est applicable, par quelque personne que le payement ait été fait, soit par le débiteur, ou par un co-obligé ou une caution, soit par un tiers non intéressé, agissant au nom et en l'acquit du débiteur, ou en son nom propre, avec ou sans subrogation :

1° Et d'abord, la doctrine restrictive du savant auteur viole, suivant nous, le texte général de l'article 1240.

Aux termes de cet article : *le payement fait de bonne foi* à celui qui est en possession de la créance, est valable...; le *payement*, tout *payement*, dès qu'il est fait de bonne foi;

Or, aux termes de l'article 1236, le payement peut être fait non-seulement par le débiteur ou par toute personne, qui y est intéressée, telle qu'un co-obligé ou une caution, mais encore par un tiers, qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier;

Donc, le payement fait par le tiers, conformément à l'article 1236, rentre dans les termes de l'article 1240; lequel s'applique à tout payement, qui pouvait être fait régulièrement, dès qu'il a été fait de bonne foi!

2° Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement le texte de la loi, qui nous paraît méconnu par la doctrine que nous entreprenons de combattre.

C'est aussi son motif essentiel!

Le motif essentiel de la loi, dans l'article 1240, c'est que cette apparence du droit tienne lieu du droit lui-même, en ce qui concerne le payement; c'est que le payement qui aurait pu être valablement fait au créancier

véritable, soit valablement fait au créancier apparent.

Et il faut bien, en effet, que cela soit ainsi, pour que le but équitable que le législateur se propose, se trouve atteint!

Objectera-t-on qu'il y a une différence entre le cas où le payement est fait par le débiteur ou par une personne, qui y est intéressée, et le cas où il est fait par une personne, qui n'y est pas intéressée?

Dira-t-on que le débiteur ou la personne intéressée à l'extinction de la dette, pouvait être contraint de payer par le possesseur de la créance; tandis que la personne non intéressée n'y pouvait pas être contrainte, et que c'est volontairement qu'elle a payé!

Mais cet aperçu, si spécieux qu'il puisse paraître, serait, suivant nous, inexact.

Le tiers, non intéressé, ne pouvait pas être forcé de payer!

Mais le débiteur, lui! pouvait y être forcé; il allait y être forcé peut être; et ses meubles étaient déjà saisis, lorsque je suis venu, pour lui rendre service et le sauver de la ruine, faire, pour lui, le payement à ce créancier inexorable.

Et le payement, que j'ai fait en une telle occurence, ne serait pas valable!

Mais ce payement, c'est le débiteur qui est censé l'avoir fait; car c'est pour lui, pour le libérer envers son créancier, que je l'ai fait.

La logique et les principes s'accordent donc avec le texte de la loi, et, nous ajoutons, avec l'équité, pour maintenir la validité du payement que j'ai fait, aussi bien que s'il avait été fait par le débiteur en personne!

3° M. Larombière modifie, d'ailleurs, sa doctrine par un amendement, qui nous paraît fournir encore un nouvel argument contre elle.

« Cependant, dit-il, si le débiteur avait, de bonne foi,

remboursé le tiers, qui a payé pour lui, il serait, de ce moment là, valablement libéré à l'égard du créancier, comme il le serait, s'il avait payé directement le possesseur même de la créance. » (*Loc. supra cit.*)

Mais pourquoi donc?

De deux choses, l'une :

Ou le payement, que le tiers a fait au possesseur de la créance, a libéré le débiteur;

Ou il ne l'a pas libéré.

Dans le premier cas, la créance a été, dès ce moment, éteinte; et relativement au créancier véritable, qui apparaît plus tard, il est indifférent que le débiteur ait ou n'ait pas encore remboursé le tiers, de l'avance qu'il a faite pour lui;

Mais, dans le second cas, et si, en effet, le payement que le tiers a fait au possesseur de la créance, n'a pas libéré le débiteur envers le véritable créancier, nous demandons pourquoi sa libération envers ce créancier, résulterait, *ex post facto*, du remboursement que le débiteur ferait au tiers de son avance!

Il n'y a donc, à notre estime, qu'un parti à prendre, c'est de déclarer immédiatement valable le payement fait par le tiers, même non intéressé, au possesseur de la créance, conformément à l'article 1236.

191. — II. Le payement a été fait, cette fois, au créancier lui-même.

Mais le créancier était incapable de recevoir (*supra* n° 168).

Ce second cas est réglé par l'article 1241, en ces termes :

« Le payement fait au créancier n'est point valable, s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. »

La non validité du payement est alors, en effet, la conséquence de l'incapacité personnelle où le créancier se trouvait de recevoir;

La conséquence nécessaire, et sans laquelle cette protection que le législateur veut assurer à son inexpérience, serait vaine, puisqu'il pourrait être lésé par ce payement. (Comp. *supra*, n° 130; art. 225, 502, 1125; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 298).

192. — Le motif même par lequel nous venons d'expliquer la disposition principale de l'article 1241, a, par avance, expliqué la disposition secondaire que le législateur y ajoute pour la modifier.

Il est, en effet, logique, comme il est aussi équitable que le payement, qui a été fait au créancier incapable, ne soit pas déclaré nul, lorsque le débiteur prouve que ce payement a tourné à son profit.

Où serait alors, en effet, le motif de cette nullité?

Et comment serait-il possible de contraindre le débiteur à un second payement?

Est-ce qu'il peut être permis à personne, même à un incapable, de s'enrichir aux dépens d'autrui?

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur! dit Gaius (L. 57, ff. *De Reg. juris*).

Aussi, l'article 1241 n'est-il qu'une application de la règle qui est posée par l'article 1312, en termes plus généraux :

« Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. »

193. — *A moins qu'il ne soit prouvé...*

Par qui?

Certainement, par le débiteur, qui a fait, mal à propos, ce payement entre les mains de l'incapable.

Le payement est nul (1239).

Voilà la règle.

Et, par conséquent, le demandeur en nullité de ce payement n'a rien à prouver autre chose que l'incapacité du créancier entre les mains duquel il a été fait.

Si, ensuite, pour échapper à cette nullité et à la nécessité de faire un second payement, le débiteur affirme que le payement, qu'il a fait, a tourné au profit de l'incapable, les rôles changent; c'est lui qui affirme ; et il devient demandeur dans son exception... *reus excipiendo fit actor.*

C'est donc à lui de prouver !

Et voilà bien ce que décide l'article 1241 :

« ..... à moins *que le débiteur ne prouve.....* »

Cela est incontestable.

194. — Mais ce qui est très-contesté, au contraire, c'est le point de savoir en quoi consiste, au juste, cette preuve que le débiteur doit faire.

En d'autres termes, quel est le sens de ces mots de notre article : « ..... *que la chose payée a tourné au profit du créancier ?*

Faut-il que le profit, que le créancier en a retiré, existe encore à l'époque où la nullité du payement est demandée?

Ne suffit-il pas, au contraire, que, à une époque quelconque, dans l'intervalle du payement à la demande en nullité, ce profit ait existé, quoiqu'il n'existe plus à l'époque de cette demande, parce qu'il aurait été détruit par un accident de force majeure?

Que l'on ne doive pas s'attacher au moment même où le créancier incapable reçoit le payement, pour décider s'il en retire un profit, est-ce la peine de le dire?

Je devais 100 000 fr. à un mineur; et je les lui paye.

Bien certainement, à ce moment là même, il en a retiré un profit égal de 100 000 fr.; et si cela suffisait pour que la demande en nullité du payement dût être repoussée, la règle elle-même n'existerait plus ! elle disparaîtrait dans l'exception; et tout payement fait à un incapable serait désormais valable !

Aussi, la proposition de MM. Aubry et Rau est-elle, dans la forme, un peu absolue peut-être, lorsqu'ils disent qu'il suffit que l'incapable ait profité du payement, *au moment où il a été fait ou depuis* (sur Zachariæ, t. III, p. 107).

Evidemment donc, demander si la chose payée a tourné au profit du créancier, c'est demander quel emploi le créancier en a fait; — s'il l'a conservée ou s'il l'a dissipée; — s'il l'a employée d'une manière quelconque, bien ou mal!

Et, par conséquent, il est nécessaire de suivre la chose payée dans l'intervalle du temps entre le payement et la demande en nullité, afin de savoir ce qu'il en a fait et ce qu'elle est devenue.

Jusqu'où doit aller cette recherche? et quel est le moment où il faut qu'elle s'arrête?

Telle est notre question.

195. — L'ancienne doctrine, en Droit romain et dans notre Droit français, décidait que le payement fait à l'incapable ne pouvait être validé qu'autant que le profit, qu'il en avait retiré, subsistait encore au moment où il demandait la nullité de ce payement.

« ..... *Illud tempus inspicitur, quo agit.....,* » disait Paul (L. 4, ff., *De except.*).

Marcien n'était pas moins explicite :

« ..... *Si quæratur quo tempore sit locupletior, tempus, quo agitur, inspicitur...* » (L. 47, princ. ff., *De solut.*).

Et Pothier, adoptant ces traditions, enseignait aussi nettement, qu'il fallait « ... *que ce profit subsistât encore au temps de la demande...* » (n° 504).

Il est vrai que, lorsque les sommes, que l'incapable avait reçues en payement, avaient été employées par lui à des impenses nécessaires, par exemple, à de grosses réparations, les jurisconsultes romains et français s'accordaient à reconnaître que la perte par cas fortuit des bâtiments par lui réparés ne pouvait pas l'autoriser à demander un nouveau payement.

Mais ce n'était pas là une déviation de leur principe; c'en était, au contraire, disaient-ils, une application et une conséquence.

Dès là, en effet, que la dépense était nécessaire, l'incapable, s'il ne l'avait pas faite avec les deniers de son débiteur par lui reçus, l'aurait faite avec ses propres deniers; et, par conséquent, ses propres deniers, qu'il y aurait employés, il ne les aurait plus!

Or, il les a encore;

Donc, il est encore d'autant plus riche de tout ce qu'il en a conservé... « *quatenus propriæ pecuniæ pepercit...* »

Ce que Marcien exprimait très-bien dans le fragment que nous venons de citer :

« .... *Hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est.* » (L. 47, § 1, *de Solut.*)

Telle était, disons-nous, l'ancienne doctrine.

Elle a été encore enseignée, dans le Droit moderne, par Delvincourt (t. II p. 542-543) et par Duranton (t. XII, n° 45).

Et, dans ces derniers temps, M. Larombière vient également de s'y rallier (t. IV, art. 1312, n° 8).

196. — Si considérables que soient les autorités qui la recommandent, nous ne croyons pas devoir la proposer.

Notre avis est, au contraire, qu'il faut admettre une doctrine plus large, dont la formule pourrait être celle-ci, à savoir : que la chose payée doit être considérée comme ayant tourné au profit de l'incapable, lorsqu'il est reconnu qu'il en a fait un emploi utile, raisonnable, intelligent, tel enfin que son protecteur légal aurait dû ou pu le faire ainsi lui-même; et que, une fois cela reconnu, la demande d'un second payement doit être repoussée, lors même que cet emploi ne subsisterait plus, au moment où cette demande est formée.

Nous espérons pouvoir établir que cette doctrine est plus conforme à nos textes nouveaux, aux vrais principes, et à l'équité :

1° Aux termes de l'article 1241, une seule condition est requise pour que le payement fait à un créancier incapable doive être maintenu; c'est que le débiteur prouve *que la chose payée* A TOURNÉ A SON PROFIT (ajout. l'art. 1312).

Voilà tout!

A quel moment faut-il que ce profit existe?

Le texte ne s'en explique pas.

Et cette différence soit avec les textes romains, soit surtout avec le texte de Pothier, nous paraît significative.

Pothier avait dit que l'incapable ou son tuteur devrait être débouté de sa demande à fin d'un nouveau payement, si le débiteur pouvait justifier *que le créancier a profité de la somme qui lui a été payée, et que ce profit subsistât encore au temps de la demande* (n° 504).

Or, de ces deux conditions, l'article 1241 n'en reproduit qu'une seule;

Donc, il a entendu n'en exiger qu'une seule; et cela est, en effet, d'autant plus vraisemblable que le texte de notre article a été emprunté à ce passage de Pothier.

2° Quelle est la conséquence de ce silence du texte nouveau sur le moment, qui est à considérer pour savoir si la chose payée a tourné au profit de l'incapable?

Une conséquence très-simple, c'est que ce moment doit être déterminé d'après les principes généraux du droit, en cette matière.

Eh bien! il y a, en cette matière, deux principes également certains :

1° L'incapable est restituable contre la lésion, qui résulte de son incapacité, c'est-à-dire de cette inexpérience à laquelle le législateur a voulu venir en aide par l'incapacité même dont il le frappe (art. 1305).

2° Mais il n'est pas restituable contre la lésion, qui ne résulte que d'un événement casuel et imprévu (art. 1306); il n'y aurait, en effet, de cela, aucun motif (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, etc.*, t, I, n° 821).

Or, ce que nous reprochons à la doctrine, que nous avons entrepris de combattre, c'est de violer ce double principe.

J'ai payé à un mineur une somme de 20,000 francs, que je lui devais.

Il ne l'a pas employée à une réparation nécessaire, ni à l'acquisition d'une chose qui lui fût nécessaire.

Mais il en a fait un emploi utile, plein de discernement et d'à-propos.

Propriétaire d'une ferme, dont les bâtiments n'étaient pas tout à fait convenables, il a acheté une grange du voisinage, qui se trouvait à vendre.

L'acquisition n'était pas nécessaire; non! mais elle était une acquisition excellente, que tout bon père de famille aurait faite!

Ou encore, (nous avons vu un exemple presque pareil), ce jeune homme, qui terminait ses études classiques, a trouvé l'occasion d'acheter, pour ses futures études de droit, un de ces livres anciens, devenus très-rares, et que, pour le malheur de la science, on ne réimprime plus, un Cujas, un Dumoulin.

Et chacun de louer, à ce moment là, sa studieuse prévoyance.

Mais voilà que, par un cas fortuit, par un incendie, la grange ou les livres achetés par lui, sont brûlés!

Et c'est dans de telles circonstances, qu'il faudrait l'écouter, s'il venait demander la nullité du payement, qu'il a reçu, et un nouveau payement!

Eh bien! si on faisait cela, il nous paraît évident que les deux règles corrélativement incontestables de notre matière, seraient renversées!

Car ce n'est pas contre une lésion résultant de son inexpérience, ni par suite de son incapacité, que le mineur serait relevé.

Il serait relevé contre une lésion résultant d'un événement casuel et imprévu.

3° Est-il besoin d'ajouter que l'équité elle-même se

trouve d'accord avec la logique du droit, pour protester contre une telle conclusion!

Voilà pourquoi nous ne voudrions pas nous y ranger.

Et nous concluons, pour notre part, que, dans ces cas, la chose payée doit être considérée comme ayant tourné au profit de l'incapable (comp. le t. VI de ce *Traité*, n° 103 et 206; Toullier, t. IV, n° 14; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, p. 549, n° 14; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 107; Colmet de Santerre, t. V, n° 180 *bis* II à VI).

197. — Oh! sans doute, la solution devrait être différente, si l'incapable n'avait employé les deniers par lui reçus qu'en impenses voluptuaires, en achat de voitures, de chevaux de luxe ou autre inutilités semblables!

Il serait alors fondé à demander un nouveau paiement, non-seulement si ces choses avaient péri ensuite par cas fortuit, mais même si elles subsistaient en tout ou en partie, à la charge seulement, par lui, d'offrir au débiteur ce qui lui en resterait encore, pour ne pas s'enrichir d'autant à ses dépens.

198. — Telle est la doctrine, qui nous paraît la plus juridique.

Quant à l'application dont elle est susceptible dans les différentes espèces qui peuvent se présenter, ce n'est plus qu'une question de fait, dont *l'appréciation souveraine appartient aux magistrats, d'après les circonstances et les documents de la cause* (comp. Cass. 24 janv. 1855, hérit. Mauld, Dev., 1856, I, 56).

199. — La situation, que nous venons de décrire, est même encore sans doute, dans ces conditions, très-pénible pour le débiteur, qui a eu l'imprudence de faire son payement aux mains d'un créancier incapable!

Le voilà, en effet, à la merci de *ces circonstances*, qui ne dépendent pas de lui, et dans la crainte, à tout instant, de voir la chose qu'il a payée, s'anéantir dans les prodigalités ou dans la mauvaise administration de l'incapa-

ble ; ce qui lui imposera la nécessité d'un nouveau payement !

Y a-t-il un remède à cette situation?

Nous le croyons tout-à-fait, et que le débiteur serait fondé à demander que la chose, qu'il a payée, lui fût rendue, si le payement n'était pas de suite ratifié ; et à cet effet, il devrait mettre en cause le tuteur, s'il avait payé à un mineur ou à un interdit, ou le mari, s'il avait payé à une femme mariée, incapable de recevoir sans autorisation.

Opposera-t-on l'article 1125, d'après lequel le mineur, l'interdit ou la femme mariée sont seuls recevables à attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements ; tandis que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui ils ont contracté?

Mais les termes même de ce texte fournissent la réponse, et démontrent que cette objection prêterait au principe, qu'il pose, une extension beaucoup trop grande.

Ce que l'article 1125, en effet, défend aux personnes capables, c'est de demander la nullité *de leurs engagements*, lorsqu'elles *ont contracté* avec des personnes incapables.

Or, d'une part, le débiteur, qui demande la nullité du payement, qu'il a fait en exécution de son engagement, ne demande pas la nullité *de son engagement ;* cet engagement, il le reconnaît ! et, bien loin de demander à en sortir, il demande à y rentrer, à y rester !

D'autre part, en faisant un payement, il n'a pas *contracté*, dans le sens technique ni pratique de ce mot.

Aucun texte donc, ni aucun principe, ne nous paraît s'opposer à cette demande, si équitable, du débiteur, qui vient dire :

Voulez-vous que le payement, que j'ai fait, soit maintenu?

Eh bien! alors, qu'il soit ratifié par votre représentant légal.

Mais si vous ne le voulez pas, rendez l'argent! rendez la chose payée!

Car cette chose, en cet état, est sans cause entre vos mains.

La cause du payement, c'est l'extinction de la dette; un payement, qui n'éteint pas la dette, est un payement sans cause (*supra*, n° 29).

Donc, j'ai droit à la répétition de la chose, que je vous ai livrée à titre de payement, si vous ne voulez pas ou si vous ne pouvez pas me donner une quittance définitivement libératoire.

Nous reviendrons d'ailleurs sur cette thèse, que nous avons eu l'occasion déjà de présenter sous un autre point de vue (comp. notre *Traité du Mariage et de la séparation de corps*, t. II, n°s 345, 346; et le tome I, de ce *Traité* précité; Marcadé, art. 1241; Colmet de Santerre, t. V, n° 180 *bis*, VI).

200. — Le payement fait à un créancier incapable de recevoir, pourrait il être déclaré valable, lors même que la chose payée n'aurait pas tourné à son profit, s'il avait été fait de bonne foi par le débiteur, dans l'ignorance où il était de son incapacité?

Cette question peut paraître bien plus délicate :

1° Pour la négative, en effet, on peut remarquer, d'abord, que l'article 1241 ne fait qu'une seule exception à la règle, qu'il pose, et que son silence est, par cela même, exclusif de la nouvelle exception, que l'on voudrait y apporter.

2° Cette exception d'ailleurs serait contraire au principe d'après lequel nul n'est admis à prétendre qu'il ignorait l'état ou l'incapacité de celui avec lequel il a contracté :

« Qui cum alio contrahit, vel est vel esse debet, non ignarus conditionis ejus.... »

C'était une des règles d'Ulpien. (L. 19, ff. *De Reg. juris.*)

Règle tutélaire, sans laquelle les incapacités prononcées par la loi, seraient le plus souvent dérisoires ! (Comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, et de l'Interdiction*, etc., t. II, n° 550.)

Aussi la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait-elle point obstacle à sa restitution. (Art. 1307.)

Il est vrai qu'il en serait autrement, si la personne incapable avait employé des manœuvres frauduleuses pour tromper l'autre partie sur son incapacité.

Mais on ne suppose rien de pareil, dans la question actuelle, qui consiste seulement à savoir si la bonne foi du débiteur, et son ignorance de l'incapacité du créancier, peuvent valider le payement.

Or, c'est la question dans ces termes, qui semble devoir être résolue négativement.

3° Cette solution enfin est écrite dans l'article 1940, qui fait l'application de ce principe à la restitution d'un dépôt :

« Si la personne, qui a fait le dépôt, a changé d'état, par exemple, si la femme, libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis, et se trouve en puissance de mari ; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction ; dans tous ces cas et autres de même nature, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des biens et des droits du déposant. »

201. — Ces arguments sont très-sérieux.

Et pourtant, nous ne voudrions pas proposer, dans des termes du moins aussi absolus, la conclusion à laquelle ils nous conduiraient :

1° Nous ferons, d'abord, une observation semblable à celle, que nous avons déjà faite sur la question précédente.

C'est qu'il ne s'agit pas ici *d'un engagement, d'un contrat.*

Il s'agit d'un payement.

Et la différence est grande entre l'une et l'autre opération !

Les contrats sont des actes volontaires.

Les payements sont des actes nécessaires !

On n'est pas tenu d'acheter, de louer, etc.

On est tenu de payer, quand on est débiteur.

Le législateur pouvait donc, sans inconséquence, se montrer moins sévère envers ceux qui ont *payé*, qu'envers ceux qui ont *contracté*.

Et voilà ce qu'il a fait !

Nous venons d'en avoir la preuve dans l'article 1240 et dans l'article 1125.

2° Or, telle est précisément notre situation.

J'ai acheté un immeuble d'une femme majeure, que je savais être libre, fille ou veuve.

Et le prix, de 100 000 francs, avait été, par le contrat, stipulé payable dans le délai d'un an.

Le délai expiré, cette femme me demande le payement de mon prix.

Je le lui paye donc à elle-même, comme j'avais acheté d'elle-même, l'immeuble qu'elle m'a vendu, la croyant libre aujourd'hui comme il y a un an.

Mais elle s'était mariée depuis, dans un pays éloigné du mien, et avec lequel je n'ai aucune relation.

Et c'est après avoir dissipé le prix, qu'elle revient avec son mari, me demander un second payement.

Nous avons exprimé déjà l'opinion, que ces malhonnêtes époux ne devraient pas réussir, dans le cas du moins où il régnait une *erreur commune* sur leur état (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 332).

3° L'article 1940 pose un principe, vrai dans sa généralité.

Mais fait-il obstacle à l'exception, que nous proposons ?

C'est ce que nous ne pensons pas ; car il n'a pas prévu cette hypothèse exceptionnelle.

Et tel est, en effet, le sentiment des jurisconsultes les plus autorisés, qui en ont fourni le commentaire (comp. Troplong, *Du Dépôt*, n° 162).

4° Nous ajoutons un dernier argument.

Si j'avais traité avec le mandataire d'une personne d'abord capable de contracter, et que, ensuite, j'eusse payé mon prix entre les mains de ce mandataire, à un moment où le mandant était devenu incapable, à mon insu, mon payement serait-il valable ?

Certainement oui ! (Comp. L. 32, ff. *de Solut.;* art. 2009, Code Napol.; Pothier, n° 511).

Or, qu'importe que j'aie payé à l'incapable lui-même, ou au mandataire de cet incapable, dès que, dans l'un comme dans l'autre cas, j'étais dans une bonne foi irréprochable !

Si, depuis le mariage de cette femme, j'avais payé mon prix au mandataire constitué par elle, à l'époque où elle était capable, je serais libéré, quoique le mandat, pourtant, eût cessé par l'effet de son incapacité survenue depuis.

Et je ne serais pas libéré, si j'avais payé à la femme elle-même!

Mais pourquoi donc?

Est-ce que le payement fait au mandataire, n'est pas censé fait au mandant lui-même ? (Comp. Larombière, t. III, art. 1239, n° 22.)

202. — B. Reste la seconde exception que nous avons annoncée à notre règle (*supra*, n° 132).

Il se peut, avons-nous dit, qu'un payement, qui a été fait à un créancier capable de recevoir, bien que valable entre le débiteur et le créancier, ne doive pas être considéré comme valable, à l'égard de certaines autres personnes.

Nous arrivons à l'article 1242, dont voici les termes :

« Le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable, à l'égard des créanciers saisissants ou opposants ; ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier. »

Nous n'avons, jusqu'à présent, examiné la validité du payement que dans les rapports réciproques du débiteur et du créancier.

Il faut maintenant l'examiner dans les rapports du débiteur et du créancier avec certaines personnes, qui peuvent s'interposer entre l'un et l'autre, afin d'empêcher que le payement soit fait au préjudice de leurs droits.

C'est la saisie-arrêt, qui va les mettre en scène.

Paul est créancier de Pierre ;

Et Pierre est créancier de Jean.

La créance de Pierre contre Jean est donc l'un des éléments de son patrimoine, qui forme le gage commun de ses créanciers (art. 2092-2093).

Et Paul, qui est créancier de Pierre, peut exercer, au au nom de son débiteur, le droit de créance, qui appartient à celui-ci contre Jean.

Il peut l'exercer, comme il le ferait de tout autre droit ou action appartenant à son débiteur, conformément à l'article 1166.

Or, le mode d'exercice, dans ce cas particulier, c'est la saisie-arrêt ou l'opposition, qui n'est, en effet, comme nous l'avons déjà remarqué, qu'une des applications du principe posé par l'article 1166 (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 52).

C'est une défense adressée par le créancier au débiteur de son débiteur, de faire le payement à celui-ci, dans le but d'obtenir un jugement, qui le condamne à lui faire directement ce payement.

Trois personnages y figurent

L'un, qui est le saisissant, l'*arrêtant,* comme on disait autrefois, et qui n'est que créancier;

L'autre, qui est le tiers-saisi, l'*arrêté,* et qui n'est que débiteur;

Le troisième, qui est le *saisi*, et qui est, en même temps, débiteur du premier et créancier du second.

Il s'agit, pour le saisissant, d'obtenir que la chose due au saisi par le tiers-saisi, lui soit payée à lui-même.

Et voilà comment cette voie de poursuite fait apparaître une nouvelle personne, qui, bien que n'étant pas créancière, peut néanmoins avoir qualité pour recevoir le payement (comp. *supra,* n° 165).

203. — Ce n'est pas ici le lieu d'exposer les formalités de la saisie-arrêt ou de l'opposition, deux mots d'ailleurs aujourd'hui synonymes (comp. l'Intitulé du titre VII, liv. V, 2e partie du Code de Procédure, et les art. 557 et suiv.).

Qu'il nous suffise de rappeler :

1° Qu'elle peut être pratiquée *pour sommes* et *pour effets mobiliers* (art. 557 et 578, Code de Procédure);

2° En vertu de titres authentiques ou privés, ou même sans titre, en vertu d'une permission du juge du domicile du débiteur (art. 557, 558);

3° Que l'exploit de saisie-arrêt doit contenir, entre autres énonciations, celle de la somme pour laquelle la saisie est faite; et, si la créance n'est pas liquide, l'évaluation provisoire faite par le juge (art. 559);

4° Que la saisie-arrêt formée entre les mains du tiers débiteur, doit être, dans le délai de huitaine, augmenté à raison des distances, dénoncée au saisi avec assignation en validité (art. 563);

5° Que, dans un pareil délai, à compter du jour de la demande en validité, cette demande doit être dénoncée, à la requête du saisissant, au tiers saisi (art. 564);

6° Que, faute de demande en validité, la saisie sera nulle; et que, faute de dénonciation de cette demande au

tiers saisi, *les payements par lui faits jusqu'à la dénonciation, seront valables* (art. 565).

204. — Mais si la demande en validité a été formée contre le saisi; — si cette demande a été dénoncée au tiers-saisi; — en un mot, si la saisie-arrêt a été régulièrement pratiquée, quel sera le sort des payements, qui auront été faits par le tiers-saisi au saisi?

Grave problème, qui a soulevé, dans la doctrine et dans la jurisprudence, de vives controverses.

Ces controverses sont, en effet, très-vives, et il faut bien ajouter aussi, un peu confuses!

Combien de systèmes ont-elles fait naître, plus ou moins discordants?

C'est à peine aujourd'hui s'il est possible d'en dire le nombre! (comp. Dev., 1836, II, 1; 1837, II, 6; 1846, II, 436; Dalloz, *Rec. alph.*, v°, saisie-arrêt, n°s 48 et suiv.; Duvergier, *De la Vente*, n°s 201 et suiv.; Marcadé, *De la Vente*, art. 1690; Mourlon, *Revue de Droit français*, 1848, p. 161; Villequez, *Revue historique de Droit français*, 1862, p. 454; Barilliet, *Revue pratique*, 1862, t. XIII, p. 49; Flam, *Revue critique*, t. IV, p. 337; Viel, *même Revue*, 1862, p. 113; Mersier, *Revue pratique*, 1867, t. XXIII, p. 336 et suiv.; Houyvet, *Revue pratique*, 1871, p. 177 et suiv.).

205. — Les luttes, que nous rappelons, se sont particulièrement engagées dans le cas où le saisi ayant cédé sa créance contre le tiers-saisi, il s'agit de régler les droits du cessionnaire et les droits des créanciers du cédant, qui ont pratiqué, sur cette créance, des saisies-arrêts, antérieures ou postérieures à la cession.

Mais il s'agit pour nous, en ce moment, non pas d'une cession faite par le saisi de sa créance contre le tiers-saisi, mais d'un payement fait par le tiers-saisi au saisi, de tout ou partie de cette créance.

Les deux hypothèses sont certainement voisines l'une de l'autre; d'autant plus que le cessionnaire, en tant

que la cession à lui faite par le saisi, ne peut pas recevoir son exécution, doit être considéré lui-même comme un créancier saisissant, à l'encontre du tiers-saisi et des autres créanciers saisissants.

Toutefois, si rapprochées qu'elles puissent être, ces hypothèses ne se confondent pas.

Et nous nous occuperons, principalement du moins, de celle qui est la nôtre, c'est-à-dire du payement, qui aurait été fait par le tiers-saisi au saisi, malgré la saisie-arrêt régulièrement formée entre ses mains.

206. — Précisons d'abord l'effet général de cette saisie.

Fait-elle obstacle au payement?

Fait-elle obstacle à la cession de la créance?

Il faut répondre:

Oui, en ce qui concerne les créanciers saisissants ou opposants, antérieurs au payement ou à la cession;

Non, en ce qui concerne les créanciers saisissants ou opposants postérieurs.

C'est-à-dire que l'indisponibilité, qui en résulte, est seulement relative.

Elle existe pour les uns; elle n'existe pas pour les autres.

La saisie-arrêt, en effet, n'est qu'une mesure conservatoire, que *tout créancier* peut employer pour soi, et dans son intérêt particulier (art. 557, Code de procéd.); elle n'enlève pas au saisi son droit de créance, *la propriété,* pourrions-nous dire, de sa créance; elle ne le frappe non plus d'aucune incapacité personnelle; et par conséquent, le saisi, toujours créancier et toujours capable, peut disposer de sa créance, après la saisie-arrêt comme avant, en recevoir le payement ou la céder (art. 544).

Il est vrai que le payement ou la cession, qui seraient faits postérieurement à la saisie, ne seront pas opposables aux créanciers qui ont pratiqué cette saisie antérieurement.

Mais cet effet de la saisie est uniquement relatif à ces créanciers.

Et voilà bien ce qui résulte du texte même de l'article 1242.

Quel est le payement, que cet article déclare n'être pas valable?

C'est celui qui a été fait au créancier, *au préjudice d'une saisie ou d'une opposition* (comp. art. 1242 et 1298).

Ce qui implique, bien entendu, que la saisie ou l'opposition existait, lorsque le payement a eu lieu !

Et, en ajoutant que le payement n'est pas valable, *à l'égard des créanciers saisissants ou opposants*, l'article 1242 témoigne de plus en plus que ceux-là sont les seuls, en effet, qui puissent le critiquer, *selon leur droit*, c'est-à-dire selon le droit relatif et individuel de chacun d'eux.

De sorte que l'on peut dire que le payement fait par le débiteur à son créancier, malgré l'existence d'une saisie-arrêt, est valable ;

Sauf le droit des créanciers saisissants, auquel ce payement a porté préjudice, de demander au tiers-saisi, à titre de dommages-intérêts, la réparation du préjudice qu'il leur a causé par ce payement.

Et c'est pour leur faire obtenir cette réparation, que la loi leur donne le droit *de le contraindre à payer de nouveau ;*

En lui réservant, d'ailleurs, son recours contre son créancier, qu'il a déjà payé, et dont il va payer, encore et en outre, le créancier.

207. — Telle nous paraît être l'explication juridique de la saisie-arrêt.

Et tel est aussi l'effet qui en résulte.

Ajoutons que cet effet de la saisie n'est pas, suivant nous, applicable seulement à la partie de la créance saisie, qui est égale au montant de la créance du saisissant;

C'est à la créance tout entière, qu'il est applicable.

C'est donc de la créance tout entière, que nous disons

que, malgré la saisie-arrêt, le saisi peut en recevoir le payement et la céder;

Et que le payement est valable;

Et que la cession est valable;

Sous cette même réserve, toujours relative, que le payement ou la cession ne devront pas préjudicier aux créanciers saisissants ou opposants antérieurs.

Mais il s'en faut bien que cette thèse soit généralement admise.

Nous devons même reconnaître que la thèse contraire est beaucoup plus accréditée dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Et pourtant, oserons-nous le dire! c'est à cette thèse, c'est à la confusion de principes, dans laquelle, à notre avis, elle consiste, que nous imputons surtout les discussions inextricables, qui obscurcissent depuis si longtemps cette matière.

Ce que ses partisans soutiennent, en effet, c'est qu'il faut faire deux parts de la créance saisie:

L'une, absolument indisponible; c'est la part, qui correspond au montant de la somme énoncée dans l'exploit de saisie;

L'autre, par contre, absolument disponible; c'est la part, qui excède le montant de cette somme.

Aucun payement ne peut être fait, aucune cession ne peut être consentie de la première part, au préjudice des saisissants ou opposants, non-seulement de ceux qui sont antérieurs, mais même aussi de ceux qui sont postérieurs au payement ou à la cession;

Tandis que, au contraire, le payement qui aurait été fait, et la cession qui aurait été consentie de la seconde part, sont également aussi opposables à tous les saisissants, sans distinction entre ceux, qui sont antérieurs, et ceux, qui sont postérieurs!

Telle serait du moins la conséquence de ce système, sa conséquence nécessaire, suivant nous, quoique tous

ses défenseurs n'osent pas l'affronter logiquement, dans toutes les applications qu'il devrait produire !

Ce qui est une défection, qui va devenir, (c'est notre espoir), contre le système tout entier, un argument décisif.

« Attendu, en droit, dit la Cour d'Orléans, que la saisie-arrêt est une mesure purement conservatoire, *dont l'effet doit être limité au chiffre de sa créance* (du saisissant) qui, selon le vœu de l'article 559 du Code de produre, doit être, à peine de nullité, énoncé dans l'exploit de saisie...; *que la saisie-arrêt se borne à placer sous la main de la justice* LES SOMMES ARRÊTÉES; — QUE LE SURPLUS *est, par conséquent, resté libre dans la propriété* (du saisi), *et qu'il a pu valablement en disposer....* » (11 mai 1859, Loyer-Duverger, Dev., 1859, II, 534).

La Cour de Bourges n'est pas moins explicite :

« .... Considérant qu'il faut reconnaître, suivant la « jurisprudence aujourd'hui la plus accréditée : 1° que « de la saisie-arrêt ne résulte, quant au capital saisi-« arrêté, *qu'une indisponibilité partielle ne dépassant pas « ses causes ;* 2° que le débiteur peut valablement *rece-« voir* ou *transporter* LA SOMME EXCÉDANTE.... » (24 nov. 1865, Ledet, Dev., 1866, II, 44).

Voilà bien le système de l'indisponibilité *partielle*, qui ne place, comme on dit, sous la main de la justice, que la partie de la créance, qui est égale au montant de la somme énoncée dans l'exploit de saisie, mais qui l'y place d'une manière absolue; de sorte que le saisi, quant à cette partie, ne pourrait *ni en recevoir le payement, ni la transporter*. (Comp. Riom, 23 janv. 1862, Chausson, Dev., 1862, II, 530 ; Cass., 25 août 1869, Ader, Dev., 1869, I, 424; Caen, 15 mai 1871, Vigier, *Rec. des arrêts de Caen et de Rouen*, 1871, p. 120 et suiv.; et Dev., 1871, 2-247.)

208. — Si considérables que soient les autorités qui recommandent ce système, nous croyons qu'il n'est pas juridique.

Et la vérité, suivant nous, se trouve dans un système diamétralement contraire.

C'est-à-dire que, à cette indisponibilité *partielle* et *absolue*, il faut substituer l'indisponibilité *totale* et *relative*.

Telle est la formule de M. le conseiller Houyvet, dans l'article très-bien fait de la *Revue pratique*, que nous avons cité plus haut (n° 204); et nous nous plaisons à dire combien cette étude de notre ancien et cher disciple nous a été utile.

Elle nous paraît, de tous points, exacte; et nous n'admettons pas qu'il soit possible de décomposer la créance saisie en deux parts, dont l'une serait, envers et contre tous, absolument indisponible; et dont l'autre serait, envers et contre tous, absolument disponible.

C'est, si j'osais dire ainsi, tout un ou tout autre!

S'agit-il des créanciers, qui ont formé leur saisie antérieurement au payement ou à la cession de la créance?

A leur égard, c'est la créance totale, qui est indisponible; et aucun payement, ni aucune cession d'une partie, quelle qu'elle soit, de la créance, ne peut avoir lieu *au préjudice de cette saisie ou opposition*.

S'agit-il des créanciers qui n'ont formé leur saisie que postérieurement au payement ou à la cession?

A leur égard, c'est aussi la créance totale, qui est disponible; et le payement et la cession même de toute la créance, sont, en effet, valables, relativement à eux

Cette double proposition nous paraît facile à démontrer :

209. — Et d'abord, que ce soit la créance totale qui se trouve frappée d'indisponibilité à l'égard des créanciers saisissants, antérieurs au payement ou à la cession qui en aurait été fait, c'est ce qui résulte de tous nos textes :

1° L'article 557 du Code de procédure dispose que :

« Tout créancier peut saisir-arrêter, entre les mains d'un tiers, les sommes ou effets appartenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise. »

Pour partie seulement, ou pour le tout?

L'article ne distingue pas; il s'applique, dans la généralité de ses termes, à la totalité de ces sommes ou de ces effets; et c'est, dès lors, pour la totalité, que la saisie une fois formée, produit l'arrêt qui en résulte!

Cette distinction, d'ailleurs, cette division que l'on prétend faire, est-ce qu'elle serait possible, dans le cas où la saisie a pour objet un effet mobilier, un corps certain?

Évidemment non!

Or, l'article 557 ne distingue pas entre la saisie-arrêt des sommes d'argent et la saisie-arrêt des effets mobiliers.

Et si la saisie comprend la totalité dans un cas, elle la comprend nécessairement dans l'autre.

Aussi la saisie est-elle, en effet, toujours pratiquée, dans les termes les plus généraux, de tout ce que le tiers-saisi *doit ou peut devoir au saisi.*

2° L'article 1242 du Code Napoléon est, d'ailleurs, conforme à l'article 557 du Code de Procédure.

C'est aussi dans les termes les plus généraux qu'il dispose que :

« Le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable, à l'égard des créanciers saisissants ou opposants.... »

Le payement!...

Donc, aucun payement, même seulement d'une partie de la créance.

Et voilà ce qui résulte de même, en matière de compensation, des termes généraux de l'article 1298.

3° Mais, dit-on, l'article 559 du Code de Procédure exige que l'exploit de saisie-arrêt énonce *la somme pour laquelle elle est faite, ou l'évaluation provisoire, qui en sera faite par le juge.*

Pourquoi? sinon précisément pour restreindre l'effet de la saisie à la partie égale de la créance, qui en est l'objet.

Et on ajoute que cette disposition, qui est une innova-

tion du droit nouveau, a eu pour but de remédier au grave inconvénient, qui résultait, dans l'ancien droit, de ce que le saisissant n'était pas tenu d'énoncer, dans l'exploit de saisie, le montant de la somme pour laque elle était faite ; alors il lui suffisait d'énoncer vaguement que la saisie était faite *pour les causes à déduire.*

D'où il résultait que la créance la plus considérable pouvait se trouver frappée, tout entière, d'indisponibilité par une saisie, dont *la cause* était minime !

Nous allons bientôt nous expliquer sur l'inconvénient de cette indisponibilité totale (*infra*, n[os] 218 et suiv.)

Quant à l'objection que les partisans du système que nous entreprenons de combattre, déduisent de l'article 559 du Code de Procédure, notre réponse est qu'elle ne prouve, en aucune manière, contre notre thèse.

Nous comprenons que le nouveau législateur ait exigé que l'exploit de saisie contienne l'énonciation de la somme pour laquelle elle est faite ; et nous y applaudissons.

C'est bien le moins, quand vous faites défense à mon débiteur de me payer au préjudice *de ce que je vous dois*, que vous me disiez, en effet, ce que vous prétendez *que je vous dois*, et comment et par quel sacrifice je pourrai faire lever votre défense.

Voilà l'explication de l'article 559 du Code de Procédure.

Mais en conclure que cet article a limité l'effet de la saisie-arrêt à une partie seulement de la créance saisie, c'est-à-dire à la partie correspondante à la somme pour laquelle elle est faite, c'est d'abord, suivant nous, violer les textes mêmes que nous venons de citer.

Nous ajoutons que c'est violer aussi les principes élémentaires du droit civil, en matière de gage.

Le gage est indivisible ! (art. 2083), c'est-à-dire qu'il affecte toute la chose, qui en est l'objet, et toutes les parties de cette chose.

Cela est vrai de toute espèce de gage : et du gage proprement dit; et du nantissement; et de l'hypothèque ! (art. 2082, 2114).

Or, cette indivisibilité n'empêche pas que la somme pour sûreté de laquelle le gage est donné, ne doive être énoncée dans l'acte constitutif du gage (comp. art. 2074, 2132, 2148-4°) ;

Donc, la nécessité d'énoncer, dans l'exploit de saisie, la somme pour laquelle la saisie est faite, n'est nullement incompatible avec l'indivisibilité de cette saisie, et de l'espèce de gage qui en résulte.

Et voilà aussi la réponse qu'il faut faire à l'argument, que l'on a déduit de la loi du 18 août 1807, qui porte que :

« Les saisies-arrêts faites entre les mains des caissiers ou dépositaires publics, ne vaudront que jusqu'à concurrence des causes de l'opposition... »

Eh ! sans doute !

De même que le gage *ne vaut* qu'*à due concurrence de la somme* déclarée dans l'acte, qui doit en être dressé (art. 2074, 2078).

Nous croyons donc avoir fait notre preuve, quant à la première proposition, et qu'il est démontré que l'indisponibilité résultant de la saisie-arrêt, est totale.

210. — Nous ajoutons qu'elle est seulement relative.

C'est notre seconde proposition.

Et au point où nous en sommes, la démonstration n'en est-elle pas aussi déjà faite ?

Ce que nous avons dit déjà, en effet, c'est que l'existence d'une saisie-arrêt n'enlève pas au saisi son droit de créance, et qu'elle ne le rend pas non plus incapable d'en disposer, d'en recevoir le payement ni de la céder (*supra*, n° 206).

Or, cela est vrai, non pas seulement d'une partie de la créance, mais de la créance totale.

Évidemment !

Puisque l'effet de la saisie-arrêt porte sur la créance totale, et non pas seulement sur une partie de la créance.

Sans doute, le droit, pour le saisi, de recevoir le payement ou de céder sa créance, se trouve paralysé par la saisie, *au préjudice* de laquelle il ne peut pas s'exercer.

Mais, apparemment, il ne saurait s'exercer au préjudice d'une saisie, qui n'existait pas, au moment du payement ou de la cession!

Et voilà comment la saisie-arrêt ne produit qu'une indisponibilité relative, dans l'intérêt seulement des créanciers opposants *antérieurs*, et dont les créanciers opposants *postérieurs* ne peuvent pas se prévaloir.

En un mot, c'est à titre de dommages-intérêts que les créanciers saisissants peuvent contraindre le tiers-saisi à les payer de nouveau;

Or, c'est une règle certaine, en matière de dommages-intérêts:

1° Qu'ils ne sont dûs à celui qui a éprouvé un préjudice, que dans la mesure du préjudice éprouvé par lui;

2° Qu'ils ne sont dûs, en aucune manière, à celui qui n'a pas éprouvé de préjudice.

C'est précisément ce que signifient ces mots de l'article 1242 :... *selon leur droit...*, mots qui seraient inexplicables, si le droit de tous les créanciers était égal, en présence d'une valeur également et absolument indisponible!

Voilà les termes bien simples, dans lesquels peut, à notre avis, se résumer toute cette théorie.

211. — Nous venons d'en faire l'exposition doctrinale.

Elle est, comme on a pu voir, bien simple, en effet, et véritablement élémentaire!

Et pourtant, nous avons pensé qu'il était indispensable de nous efforcer de l'asseoir solidement sur sa vraie base, tant elle nous a paru chancelante, dans un grand nombre d'arrêts et dans bien des livres de doctrine!

Les deux systèmes, si radicalement contraires, que nous venons d'exposer, de l'indisponibilité partielle et absolue, et de l'indisponibilité totale et relative, s'y trouvent parfois confondus de la façon la plus illogique.

Il n'est pas rare de rencontrer des décisions judiciaires qui, tout en adoptant le système de l'indisponibilité *partielle*, qui les conduit nécessairement à l'indisponibilité *absolue*, en fournissent des motifs tels, qu'ils devraient les conduire nécessairement à l'indisponibilité *totale* et *relative*.

C'est, suivant nous, un désaccord profond entre la prémisse, que l'on pose, et la conséquence, que l'on en déduit! (comp. Orléans, 11 mai 1859, Loyer-Duverger, Dev., 1859, II, 534; Riom, 23 janv. 1862, Chausson, Dev. 1862, 2, 530; Bourges, 24 nov. 1865, Ledet, Dev., 1866, II, 44; Larombière, t. III, art. 1242, n°s 13 et 16).

Cette démonstration résultera, croyons-nous, de plus en plus, des exemples, que nous allons fournir.

Et cette dernière épreuve, la meilleure et la plus décisive! achèvera de prouver que le système de l'indisponibilité totale et relative est, en effet, le seul qui puisse être admis.

212. — Pierre est créancier de Paul d'une somme de 6,000 fr.

Paul est créancier de Jean d'une somme de 12,000 fr.

Pierre forme une saisie-arrêt entre les mains de Jean; il énonce, dans son exploit, le montant de sa créance; et il remplit les autres formalités requises par la loi (*supra*, n° 203).

C'est après cela que Jean, le tiers-saisi, paye néanmoins à Paul, son créancier, le saisi, la totalité de sa dette, 12,000 fr., par imprudence ou autrement, voulant peut-être lui rendre service;

Ou bien, Paul, le saisi, cède la totalité de sa créance à un tiers; et la signification de cette cession est faite à Jean, son débiteur.

Nous supposons d'abord un payement ou une cession de toute la créance saisie, pour faire apparaître d'autant mieux, en effet, d'abord les conséquences des deux systèmes qui se trouvent en présence.

Les choses étant en cet état, survient une autre saisie pratiquée par Joseph, pour une somme de 6,000 francs aussi, ou pour une somme plus forte.

Quel est le droit du premier saisissant, Pierre?

Quel est le droit du second saisissant, Joseph?

Le droit du premier saisissant, il est évident! ni le payement, qui a été fait au préjudice de sa saisie, ne peut lui préjudicier; ni la cession non plus, sauf, dans ce dernier cas, à reconnaître le cessionnaire comme un second opposant, qui pourra venir, avec lui, dans la distribution par contribution; car la signification de la cession faite au tiers-saisi débiteur, équivaut certainement à une opposition.

Et le droit du second saisissant?

Son droit! mais, en vérité, il est bien impossible qu'il en ait d'aucune sorte!

On ne peut pas saisir une créance éteinte, qui n'existe plus; ni davantage une créance qui, par l'effet d'une cession régulièrement signifiée au débiteur, a cessé d'appartenir au prétendu créancier saisi; c'est le néant!

Or, par le payement, la créance totale a été éteinte; par la cession, elle a cessé d'appartenir au créancier originaire;

Donc, la saisie pratiquée, après ce payement ou après cette cession, est nulle, ou plutôt elle ne porte sur rien!

Cette conclusion paraît être, en effet, d'une telle évidence, qu'il semble qu'aucune contradiction n'y saurait être opposée.

Il n'en est pas ainsi pourtant.

Et un parti considérable décide, au contraire, que le second saisissant viendra concourir, avec le premier sai-

sissant, sur la somme de 6,000 francs, qui formait la cause de cette première saisie.

« Attendu, (dit la Cour de cassation), que *la somme frappée d'indisponibilité pour le débiteur, ne pouvant être transportée par lui à un tiers*, au préjudice des saisies-arrêts antérieures à la signification du transport, *les oppositions postérieures à cette signification*, mais antérieures à la main-levée des premières saisies-arrêts, ont conservé *aux nouveaux opposants* le droit de profiter de la somme saisie arrêtée précédemment, et qui était, sauf l'exercice des priviléges, le gage commun de tous les créanciers. » (8 juin 1852, Houel, Dev., 1852, I, 487; comp. Bourges, 24 nov. 1865, Ledet, Dev., 1866, II, 44; et aussi les arrêts cités, *Supra*, n° 212.)

M. Larombière est aussi très-explicite en ce sens :

« Le premier saisissant n'a acquis, sur les sommes frappées d'opposition, aucun droit exclusif, aucune préférence même, par cela seul que ses poursuites sont antérieures; il viendra donc, *sans distinction de date entre les saisies*, dans la distribution des sommes, *que sa saisie a placées sous la main de la justice*.... Mais cette distribution, *en ce qui concerne les saisissants postérieurs*, ne doit pas comprendre la totalité de la créance arrêtée; *elle ne doit porter que sur la portion qui avait été l'objet d'une première saisie; car*, POUR LE SURPLUS, *la cession en a transféré la propriété au cessionnaire, avec une efficacité complète à leur égard....* » (T. III, art. 1242, n° 17.)

213. — Nous croyons pouvoir répondre avec avantage :

1° D'abord, si cette doctrine était vraie, si l'effet de la première saisie, qui est antérieure au payement ou à la signification du transport, devait profiter à la seconde saisie, qui y est postérieure, ce ne serait pas seulement pour une partie de la créance qu'elle lui profiterait; ce serait pour toute la créance; non pas seulement donc pour 6,000 francs, dans notre exemple, mais pour 12,000 fr.

Nous avons démontré, c'est du moins notre espoir, que l'effet de la saisie comprend toute la créance saisie, et que l'indisponibilité, qui en résulte, est totale (*supra*, n° 209).

Et si la première saisie a placé, en effet, comme on dit, la créance sous la main de la justice, elle l'y a placée, non pas pour une partie, mais pour le tout!

Il y a donc là, suivant nous, une inconséquence!

2° On objecte que la première saisie-arrêt a placé une partie de la créance *sous la main de la justice*; — que cette partie de la créance, désormais indisponible, d'une manière absolue, est démeurée, malgré le payement ou la cession signifiée, le gage commun de tous les créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs; — et que l'on ne pourrait accorder aux saisissants antérieurs, une préférence sur les saisissants postérieurs, qu'en créant, à leur profit, un privilége qui n'est écrit dans aucun texte de loi!

Voici notre réponse :

Sans doute, la saisie-arrêt ne crée pas de privilège au profit du premier saisissant contre les saisissants postérieurs, tant que la créance demeurant, en effet, dans le patrimoine du saisi, continue d'être le gage commun de tous ses créanciers (comp. *infra*, n°s 220-221).

Mais cet argument porte, suivant nous, ici complétement à faux!

Ce que nous soutenons, en effet, c'est que la créance frappée de la première saisie-arrêt a cessé, par le payement ou par la signification de la cession, de faire partie du patrimoine du saisi et d'être, par conséquent, le gage commun de tous ses créanciers;

Et ce n'est pas, dès lors, accorder au saisissant antérieur un privilége, que de lui reconnaître, seulement à lui, une action personnelle en dommages-intérêts, pour réclamer la réparation du préjudice que le payement ou la cession lui a causé.

Cette action-là est-elle dans le patrimoine du débiteur? est-elle le gage commun de tous ses créanciers?

Qui voudrait le prétendre?

Et pourtant, après le payement de la créance ou la cession régulièrement signifiée, voilà tout ce qui reste! à savoir: une action en dommages-intérêts dans les mains de ceux au préjudice desquels le payement ou la cession a eu lieu.

On dit que la première saisie-arrêt a placé la créance ou une partie de la créance *sous la main de la justice!*

Pothier avait, en effet, employé cette expression, dans son *Traité de la Procédure civile* (Part. IV, chap. II, sect. III, § 4).

Et les auteurs modernes ont continué de l'employer après lui.

Mais c'est là une simple figure de langage et une pure métaphore, qui ne doivent pas nous faire d'illusion!

La saisie-arrêt, en soi, ne produit ni une indisponibilité réelle de la créance, ni une incapacité personnelle du créancier.

Elle n'est qu'une mesure conservatoire, que *tout créancier* peut employer, dans son intérêt particulier; et elle consiste uniquement dans la défense faite au tiers saisi de se libérer, au préjudice du saisissant.

C'est-à-dire qu'elle constitue seulement, de la part du créancier saisissant, un acte de poursuite individuel, qui est, à l'égard des autres créanciers, *res inter alios acta*, comme serait une convention ou un jugement (art. 1165, 1351).

D'où la conséquence qu'elle ne peut pas plus profiter aux autres créanciers qu'elle ne pourrait leur nuire!

3° Est-ce qu'un créancier, qui pratiquerait une première saisie après le payement de la créance ou après la cession régulièrement signifiée, pourrait prétendre à quelque droit, et critiquer le payement ou la cession?

Évidemment non!

Eh bien! notre question n'est pas autre que celle-là!

Qu'importe, en effet, qu'il y ait eu, avant votre saisie tardive, une première saisie?

Qu'importe, puisque cette saisie vous est, de tous points, étrangère!

On décide que le saisissant, postérieur au payement ou à la cession régulièrement signifiée, peut se prévaloir de l'effet de la première saisie, lors même que le premier saisissant en aurait donné main-levée (comp. les arrêts précités et M. Larombière, *loc. supra*).

Cela doit être dans ce système! cela est inévitable!

Mais nous voulons signaler cette conséquence, comme l'une de celles qui démontrent à quel point il s'écarte des principes.

4° Cette conséquence n'est pas, d'ailleurs, la seule!

Comment! la saisie-arrêt antérieure au payement ou à la cession régulièrement signifiée, va profiter à tous les saisissants postérieurs;

Non-seulement donc à ceux, qui étaient déjà créanciers du saisi, au moment du payement ou de la cession;

Mais encore à ceux, qui ne sont devenus ses créanciers que postérieurement au payement ou à la cession!

Cela doit être, dirons-nous encore, dans ce système; cela est inévitable! si, en effet, la créance saisie ou une partie de la créance est demeurée, malgré le payement ou la cession, dans le patrimoine du créancier, elle est encore le gage commun de tous ses créanciers!

Mais nous voulons encore signaler cette conséquence, comme l'une des plus inadmissibles!

4° En voici une enfin, par laquelle nous terminons, et qui ne l'est pas moins!

C'est qu'il pourrait arriver que le saisissant antérieur au payement ou à la cession signifiée, fût, lui! fort mal partagé dans la distribution par contribution, ou même qu'il n'y eût rien du tout!

Ce qui arriverait, si les saisissants postérieurs étaient

nombreux ou s'ils étaient privilégiés; tandis qu'il ne le serait pas lui-même.

De sorte qu'il aurait fait, dans son intérêt, un acte conservatoire, dont le résultat profiterait exclusivement à d'autres créanciers.

Le *sic vos, non vobis*, aurait-il jamais été plus ironique!

On répond que, dans notre système, le payement ou la cession vont profiter au premier saisissant; — que cela est aussi illogique et injuste; — et qu'il doit rester, *après*, dans la même situation qu'*avant*, comme s'il n'y avait eu ni payement, ni cession.

Mais, vraiment non! il n'est ni illogique ni injuste qu'il en profite.

Jura vigilantibus prosunt!

A son égard, le payement ou la cession n'ont pas pu être faits, *à son préjudice* (art. 1242, 1298).

A votre égard, ils ont pu être faits, et la créance n'existe plus, pour vous, dans le patrimoine du débiteur.

C'est en quoi précisément consiste l'effet relatif de la saisie-arrêt.

Le droit est rempli d'exemples pareils (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 266).

M. l'avocat-général Lanfran de Panthou, lui aussi, notre cher ancien disciple, dans ses remarquables conclusions, à l'audience de la Cour de Caen, du 15 mai 1871, disait que *le saisissant antérieur a fait les affaires des créanciers postérieurs;* d'où il a déduit cette conséquence que la saisie-arrêt pratiquée par lui doit profiter aux autres, comme s'ils l'avaient pratiquée eux-mêmes. (*Rec des arrêts de Caen*, 1871, p. 122-124.)

C'est la doctrine de M. Colmet de Santerre sur l'article 1166, où nous l'avons vu, en effet, enseigner que le créancier qui exerce une action appartenant à son débiteur, doit être considéré *comme le gérant d'affaires des autres créanciers*. (Comp. le tome II précité de ce *Traité*.)

Mais nous avons entrepris de combattre cette doctrine.

Et notre avis est qu'elle n'est pas plus exacte, dans son application à la saisie-arrêt que dans les autres applications, que l'on en voudrait faire.

Non! le créancier, qui pratique une saisie-arrêt, n'agit pas dans un intérêt collectif, comme le gérant d'affaires des autres créanciers.

Il agit dans son intérêt individuel, pour lui-même et pour lui seul.

Nous concluons donc que les saisissants postérieurs au payement ou à la cession régulièrement signifiée, doivent être complétement écartés.

Denizart mentionne, il est vrai, un arrêt du 8 mars 1760, qui aurait admis, dans l'ancien droit, la doctrine que nous combattons (v° *Transport*, n° 10).

Mais cet arrêt, il ne l'a pas lu, et il ne l'a pas entendu lire : « *Je crois*, dit-il, *que Me Jouhannin, plaidant une semblable question, l'a cité...* »

Pigeau ajoute que si un tel arrêt a été rendu, ce ne peut être que dans des circonstances particulières.

Quoi qu'il en soit, nous maintenons notre conclusion contre la doctrine de l'ancien droit aussi bien que contre la doctrine du droit nouveau. (Comp. Grenoble, 19 nov. 1847, Desmoulin, Dev. 1848, II, 185; Duranton, t. XII, n° 65 *bis*; Duvergier, *de la Vente*, n° 202; Colmet de Santerre, t. V, nos 181 *bis*, V et VI.)

214. — Nous venons de supposer un payement ou une cession de toute la créance, fait au préjudice d'une première saisie-arrêt.

Ce cas sera sans doute le plus rare.

Surtout il ne se présentera guère, lorsque le chiffre de la créance du saisissant sera égal ou supérieur au montant de la créance saisie.

Il est clair, en effet, alors que tout payement qui serait fait par le tiers saisi, serait fait au préjudice de la saisie, et engagerait sa responsabilité envers le saisissant, qui pourrait le contraindre à payer de nouveau.

215. — Supposons, au contraire, que le montant de la créance du saisissant est inférieur au montant de la créance saisie.

Le tiers-saisi peut-il, dans ce cas, sans engager sa responsabilité envers le saisissant, payer au saisi la différence?

La créance saisie est de 12 000 francs.

La créance du saisissant est de 5 000 francs.

Le tiers-saisi a payé au saisi l'excédant de l'une sur l'autre, soit 7 000 francs.

Qu'en peut-il résulter pour lui?

Il n'en résultera rien, si le saisi n'a pas d'autres créanciers.

Ce payement partiel n'aura pas eu lieu, en effet, *au préjudice de la saisie*, puisque le saisissant trouve encore, dans les mains du saisi, une somme suffisante pour le payer intégralement.

216. — Mais voici que, postérieurement à ce payement partiel, d'autres créanciers du saisi se présentent!

Posons encore, dans cette nouvelle hypothèse, notre double question :

Quel est le droit des créanciers postérieurs?

Quel est le droit du créancier antérieur?

Le droit des créanciers opposants postérieurs au payement partiel? il est très-simple.

D'une part, ils ne peuvent pas critiquer le payement partiel qui a été fait; car ce payement n'a pas été fait au préjudice de leur saisie, puisqu'ils n'en avaient encore formé aucune, et que la saisie formée par un autre créancier est, en ce qui les concerne, *res inter alios acta;* à leur égard donc, la créance saisie n'est plus que de ce qui en restait, dans notre espèce, de 7 000 francs sur 12,000 francs.

Mais aussi, d'autre part, ils peuvent venir à contribution sur la somme encore due par le tiers-saisi.

Cette somme, en effet, c'est toujours au saisi qu'elle est

due ; c'est dans son patrimoine toujours qu'elle se trouve, tant que le premier saisissant ne l'a pas touchée, ou tant qu'un jugement passé en force de chose jugée ne la lui a point attribuée privativement. (Comp. *infra*, n° 222.)

Et, puisqu'elle n'a pas cessé d'être dans le patrimoine du saisi, elle n'a pas cessé d'être le gage commun de tous ses créanciers. (Art. 2092 et 2093.)

C'est-à-dire que la saisie-arrêt ne crée aucune cause de préférence au profit du créancier premier saisissant.

Nul texte ne l'établit ; et nous venons de montrer que les principes y résistent.

Cette doctrine, que l'on avait d'abord essayé de contester, est aujourd'hui reconnue.

Il faut même repousser l'amendement que Mourlon propose d'y apporter, en distinguant, parmi les créanciers opposants postérieurs, ceux dont la créance a pris naissance *avant* la première saisie, d'avec ceux dont la créance n'a pris naissance qu'*après*, pour accorder seulement aux premiers le droit, qu'il refuse aux seconds, de venir à contribution sur la somme saisie. (*Examen critique*, p. 47.)

Les arguments, que nous venons de fournir, sont tels, qu'ils excluent nécessairement toute distinction de ce genre.

En conséquence, tous les créanciers du saisi peuvent venir à contribution sur ce qui reste dû de la créance saisie après le payement partiel qui en a été fait ; et, par suite aussi, ils peuvent exercer les causes de préférence auxquelles ils ont droit, si leurs créances sont privilégiées.

217. — C'est précisément ce droit des créanciers postérieurs, qui va nous servir à déterminer quel est le droit du créancier saisissant antérieur.

A son égard, la créance totale était indisponible ; et aucun payement, même partiel, ne pouvait en être fait au préjudice de sa saisie.

Or, il est manifeste que, par suite de la survenance de ces autres créanciers, le payement partiel a été fait *au préjudice de sa saisie.*

Car, si ce payement n'avait pas été fait, la somme à distribuer entre lui et les autres créanciers aurait été de 12,000 francs.

Tandis que, par suite du payement qui a été fait, elle n'est plus que de 7 000 francs.

Donc, ce payement partiel lui cause un préjudice.

En quoi ce préjudice consiste-t-il?

Il consiste dans la différence entre le dividende qu'il aurait obtenu dans une distribution proportionnelle de 12 000 francs, et le dividende qu'il obtiendra dans une distribution de 7 000 francs.

Et c'est, par conséquent, de cette différence que le tiers-saisi, responsable envers lui, peut être, en effet, contraint par lui de faire un second payement.

Supposons, dans notre exemple, qu'il est dû 7000 fr. au créancier nouvellement survenu.

Comme nous avons supposé qu'il est dû 5000 fr. au premier saisissant, voilà le chiffre des deux saisies égal au montant de la créance saisie.

Si le payement partiel des 7 000 fr. n'avait pas été fait, qu'est-ce que le premier saisissant aurait obtenu?

Il aurait obtenu le payement de toute sa créance, soit: 5 000 fr.

Qu'est-ce qu'il obtiendra, le payement partiel ayant été fait?

Il n'obtiendra le payement que des cinq douzièmes de sa créance, soit 2083 fr.; d'où il suit qu'il perd sept douzièmes, soit 2917 fr.

C'est donc pour cette somme qu'il peut exercer un recours contre le tiers-saisi, et le contraindre à payer de nouveau.

On peut changer, comme on voudra, les chiffres.

Le principe une fois posé, ce n'est pas une question de droit; c'est une question d'arithmétique.

218. — Les exemples, que nous venons de fournir, ont démontré que la saisie-arrêt frappe la créance saisie d'une indisponibilité totale, relativement au saisissant.

De sorte que c'est, de la part du tiers-saisi, une imprudence de faire, au préjudice de la saisie, un payement, même partiel, qui peut, s'il survient ensuite des oppositions nouvelles, engager sa responsabilité envers le premier saisissant.

Or, il faut bien avouer qu'un tel résultat peut paraître regrettable, puisque la créance la plus forte peut se trouver mise ainsi en échec tout entière par une saisie pratiquée peut-être pour la créance la plus faible!

Ce résultat peut être, en effet, compromettant soit pour le débiteur tiers-saisi, soit pour le créancier saisi:

Pour le débiteur, qu'il empêche de se libérer;

Pour le créancier, qu'il empêche de recevoir.

Mais ces deux inconvénients ne sont pas sans remède.

Et il existe, pour l'un et pour l'autre des intéressés, un moyen commun de s'y soustraire.

Ce moyen, c'est la consignation.

219. — Et d'abord, que le tiers-saisi ait le droit, malgré la saisie, de faire des offres réelles au créancier, et, faute par celui-ci de lui rapporter la main-levée de l'opposition, de déposer les fonds à la caisse des consignations, cela n'est pas douteux. (Comp. art. 1257 et suiv.; Ord. du 3 juill. 1816.)

Ce n'est pas seulement un devoir, pour le débiteur, de payer;

C'est un droit!

Et un droit qu'il peut avoir grand intérêt à exercer sans retard.

Il ne se peut pas que l'exercice en soit paralysé ou suspendu, dans sa personne, par une saisie-arrêt qui n'est imputable qu'à son créancier.

Il est donc fondé à déposer les fonds à la caisse des dépôts et consignations, en faisant connaître les oppositions dont la créance est frappée.

Qui pourrait s'en plaindre?

Le saisissant?

En aucune manière; que lui importe que les fonds restent dans les mains du tiers saisi, ou qu'ils soient déposés dans la caisse des consignations? et même, tout au contraire! le dépôt des fonds dans cette caisse, le garantit contre les chances d'insolvabilité, qu'il pouvait courir peut-être, si le tiers-saisi les avait gardés.

Encore moins, le créancier saisi pourrait-il se plaindre de ce que le débiteur veut payer et obtenir sa libération!

220. — Nous ajoutons que la consignation n'est pas seulement facultative de la part du débiteur tiers-saisi.

Elle peut aussi être exigée, contre lui, par le créancier saisi (comp. Cass. 9 déc. 1867, Duval, Dev. 1868, I, 20).

Le créancier peut y avoir intérêt, cela est évident!

Il peut craindre que son débiteur devienne insolvable.

Et puis, qui ne sait combien de ces saisies-arrêts ne sont que des expédients et des prétextes employés par le débiteur, d'accord, et, nous pourrions dire de complicité, avec un prétendu saisissant, qui joue le rôle complaisant d'un créancier fictif, à l'effet de gagner du temps et de retarder le payement.

C'est là, en effet, l'une des sérieuses objections que la saisie-arrêt soulève.

Et la réponse se trouve précisément dans le droit, pour le créancier, de déjouer cette manœuvre, en demandant que le débiteur soit condamné à déposer les fonds à la caisse des consignations.

221. — Le remède, que nous indiquons dans l'intérêt du créancier saisi, n'est pas topique pourtant; nous le reconnaissons; il n'est pas complet.

Les fonds restent, pour ainsi dire, en route!

Ils sont bien sortis des mains du débiteur tiers-saisi;

Mais ils ne sont pas entrés dans les mains du créancier saisi.

Or, il se peut que le créancier en ait besoin sans retard, soit pour payer un de ses créanciers qui le presse, soit pour une opération industrielle ou commerciale, ou pour tout autre emploi.

Comment faire?

Et par quel procédé pourrait-on lui faire toucher, sans retard, ces fonds qui, après tout, sont les siens, et qu'il est empêché de toucher par une saisie-arrêt pratiquée pour une somme bien inférieure au montant de sa créance, ou même peut-être pour une saisie-arrêt dont la nullité sera certainement prononcée?

Cette situation est assurément très-intéressante.

Et il ne faut pas s'étonner si, dans la pratique, on a entrepris d'y porter remède.

Voici le moyen qui a été imaginé à cet effet:

Sur la demande du saisi, la justice a autorisé le tiers-saisi à déposer à la caisse des consignations une somme égale au montant de la créance pour laquelle la saisie a été pratiquée, sous la condition que les fonds, ainsi déposés, seront spécialement et exclusivement affectés au payement de cette créance, si, en effet, la saisie est ensuite déclarée valable.

Et, en conséquence, le tiers-saisi est autorisé à payer de suite la différence entre les mains du saisi.

Il semble, en effet, à première vue, que ce procédé concilie tous les intérêts.

Qui pourrait, dit-on encore, s'en plaindre?

Le saisissant?

En aucune manière; puisque le voilà désormais approprié, conditionnellement du moins, du montant des causes de sa saisie, et qu'il n'a plus à craindre la concurrence des créanciers qui viendraient postérieurement former de nouvelles oppositions.

Et, quant à ces opposants postérieurs, on ne voit pas non plus quel grief ils pourraient élever.

Ils n'auraient pas pu critiquer le payement qui aurait été fait au premier saisissant du montant de sa créance, antérieurement à leur opposition.

Or, est-ce que la consignation, ainsi faite, n'équivaut pas, en ce qui les concerne, à un payement? (Comp. Paris, 23 juin 1841, Tribon, Dev., 1841, II, 589; Dalloz, Rec. alphab. v° Saisie-arrêt, n[os] 434 à 437.)

222. — Mais vraiment non! La consignation ainsi faite n'équivaut pas à un payement.

Et c'est là précisément que se trouve le côté faible de cet expédient.

Oh! sans doute, il atteindrait parfaitement son but, s'il s'agissait d'une délégation faite, dès actuellement, par le saisi au saisissant, qui s'en trouverait de suite approprié en l'acceptant, d'une somme suffisante pour le désintéresser (comp., art. 1261, 1262; Bordeaux, 2 mars 1865, Cazeneuve, Dev., 1865, II, 173).

Mais tel n'est pas l'effet de la consignation, dont il s'agit.

S'il était vrai qu'elle dût être considérée comme équivalant à un payement fait par le saisi au saisissant, celui-ci pourrait, par un simple acte de sa volonté, retirer les fonds de la caisse des consignations; et il ne serait plus exposé à aucune contestation de la part du saisi; tout serait terminé, en effet, comme par un payement;

Or, il n'en est pas ainsi! le saisissant ne peut pas retirer, par sa seule volonté, les fonds déposés; car le saisi s'est réservé le droit de contester sa créance;

Donc, la propriété des fonds déposés n'a pas été transmise au saisissant.

Et si elle ne lui a pas été transmise, elle est restée dans le patrimoine du saisi, où elle n'a pas cessé d'être le gage commun de tous ses créanciers.

Ce serait donc créer, en faveur du saisissant, un privilége, qui n'est écrit dans aucun texte, que de lui attribuer ces fonds à l'exclusion des autres créanciers du saisi.

Telle est, en effet, notre conclusion, malgré les avantages, assurément très-sérieux, que cette pratique pourrait présenter (comp. Dalloz, rec. alph., v° saisie-arrêt, *loc. supra cit.*; Colmet de Santerre, t. V, n° 181 *bis*, XI et XII).

223. — Ce n'est pas, d'ailleurs, que notre intention soit de dire que le saisissant n'acquiert un droit exclusif aux sommes saisies que par le payement effectif, qui lui en est fait.

Le nouveau Denizart exprime, il est vrai, cette doctrine, et que « les deniers saisis tombent en contribution, jusqu'à ce qu'ils soient payés au saisissant, quand même il aurait été ordonné par un jugement, que les deniers saisis seraient baillés et délivrés au saisissant; » et il ajoute même qu'un arrêt du 29 décembre 1639, rapporté par Henry, l'a ainsi jugé. (v° *Saisie-arrêt*, n° 32.)

Mais cette doctrine est excessive.

Et il est aujourd'hui généralement reconnu que le saisissant acquiert un droit exclusif sur la somme saisie, avant même le payement effectif, lorsque, sur la demande en validité de la saisie, il a été rendu un jugement non susceptible d'opposition ni d'appel, ou passé en force de chose jugée, qui ordonne au tiers-saisi de payer entre les mains du saisissant.

Il résulte, en effet, de ce jugement, une sorte de novation par laquelle le saisissant est constitué *procurator in rem suam*, afin de recevoir le payement (comp. *supra*, n° 165).

224. — Nous avons toujours supposé, dans les développements qui précèdent, que la saisie-arrêt avait pour objet *des sommes*.

Mais elle peut avoir aussi pour objet *des effets mobiliers*, c'est-à-dire des effets autres que de l'argent.

Les principes sont les mêmes dans l'une et dans l'autre hypothèse ;

Avec cette différence seulement que, dans le cas où la saisie porte sur des effets mobiliers, l'appropriation exclusive du saisissant ne saurait se faire d'une manière aussi prompte.

Il faut alors que ces effets soient vendus.

Et ce n'est qu'après la collocation du saisissant dans la distribution judiciaire du prix provenant de la vente, qu'il est définitivement approprié de la valeur saisie.

IV.

QUELLE CHOSE DOIT ÊTRE PAYÉE.

SOMMAIRE.

225. — Exposition. — Division.
226. — *a.* Quelle chose doit être payée.
227. — Suite.
228. — Suite.
229. — Suite.
230. — Suite.
231. — Suite.
232. — Suite.
233. — Suite.
234. — Suite.
235. — Suite.
236. — Suite.
237. — *b.* Comment la chose due doit être payée.
238. — Suite.
239. — Suite.
240. — Suite.
241. — Suite.
242. — Suite.
243. — Suite.
244. — Suite.
245. — Suite. — Les juges peuvent-ils, en considération de la position du débiteur, l'autoriser à faire des payements partiels?
246. — Suite.
247. — Suite.
248. — Suite.
249. — Suite.
250. — *c.* En quel état la chose due doit être payée.
251. — Suite.
252. — Suite.

225. — « *Quelle chose doit être payée;* — *comment ;* — *et en quel état ?* »

Telles sont les trois questions, que Pothier posait sur cette partie de notre sujet (n° 530), et qui sont encore aujourd'hui les nôtres.

L'article 1243 répond à la première;

L'article 1244, à la seconde ;

Et les articles 1245, 1246, à la troisième.

226. — *a.* L'article 1243 est ainsi conçu :

« Le créancier ne peut être contraint de recevoir une « autre chose que celle qui est dûe, quoique la valeur « de la chose offerte soit égale ou même plus grande. »

Paul a dit aussi :

« .... *Aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest.* » (L. 2, § 1, ff. *de Reb. cred.*)

C'est que la convention fait la loi des parties contractantes (art. 1134).

Vous avez promis telle chose.

Eh bien ! c'est cette chose qu'il faut donner, celle-là même, et non pas une autre !

Si cette autre, que vous offrez à sa place, est d'une valeur moindre, le refus du créancier de la recevoir est évidemment légitime.

Mais si elle est d'une valeur égale ou plus grande?

Quel intérêt, dira-t-on, le créancier peut-il avoir à la refuser?

Il en est pourtant de même.

Le débiteur ne peut point, par sa seule volonté, modifier la convention, qui est le produit de leurs volontés communes (art. 1134); le créancier a eu en vue cette chose; c'est cette chose qu'il a voulu obtenir; il a le droit de l'avoir!

La chose offerte par le débiteur, au lieu et place de la chose promise, est-elle d'une valeur égale?

Ce serait déjà une difficulté, à laquelle on ne saurait le soumettre.

Mais fût-elle évidemment d'une valeur plus grande, le créancier peut ne pas vouloir accepter cet avantage.

Il n'a aucun compte à rendre de ses motifs.

Son droit, c'est sa volonté! sa volonté, conforme à la loi, d'exiger l'exécution de la convention telle qu'elle a été faite!

227. — Cette explication prouve assez que, réciproquement, le débiteur ne peut pas être contraint par le créancier, de payer un autre chose que celle qui lui est due.

Pas une chose d'une valeur plus grande; cela est évident!

Et, pas davantage, une chose d'une valeur égale ou même moindre.

La convention fait la loi de l'un comme de l'autre.

Et le débiteur a le droit de s'y tenir strictement tout autant que le créancier.

Quoique l'article 1243 ne mentionne que le débiteur, il est donc également applicable, en sens inverse, au créancier.

228. — La règle posée par l'article 1243 est fondamentale.

Mais elle comporte, toutefois, un certain nombre d'exceptions.

Nous en avons déjà vu un premier exemple dans l'obligation, que l'on appelle facultative, c'est-à-dire dans

laquelle précisément le débiteur a la faculté de payer une chose, à la place de la chose qui en est l'objet :

L'une des choses étant seule *in obligatione;*

Tandis que l'autre est *in facultate solutionis* (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 30).

La base même de notre règle fait alors, en effet, défaut; puisque la règle repose sur la convention, qui fait la loi des parties;

Et que, dans ce cas, c'est la convention ou la loi, qui confère cette faculté du débiteur. (Comp. Cass., 6 juill. 1870, Petit-Damainville, Dev.. 1870, I, 348.)

229. — Pothier remarque que ces conventions de payer quelque chose à la place de ce qui est dû, sont toujours présumées faites en faveur du débiteur (n° 533).

C'est, en effet, ce qui résulte des termes même sous lesquelles cette espèce de clause est connue.

Généralement donc, *la faculté de payer* une chose autre que celle qui est due, n'autorise pas le créancier à exiger cette chose, si le débiteur aime mieux payer celle qui forme l'objet de l'obligation.

Il faut ajouter, toutefois, que cette solution n'étant fondée que sur l'interprétation de la volonté vraisemblable des parties, il se pourrait qu'elle dût être modifiée, si les termes de la convention et les circonstances du fait démontraient, de leur part, une volonté contraire.

230. — Lors même que la convention ne renferme, à cet égard, aucune clause, le créancier peut toujours bien entendu, consentir à ce que le débiteur lui donne en payement une chose autre que celle qui est due.

Il ne peut y être contraint, dit notre texte..., *invito creditore*, disait Paul (*supra*, n° 225).

Mais les conventions sont libres !

Et la dation en payement, comme on l'appelle, est une nouvelle convention entre le créancier et le débiteur.

La novation n'est que cela !

Voilà bien pourquoi la dation en payement implique, en effet, entre les parties, l'existence d'une novation expresse ou tacite : soit, sous la forme d'une vente, si c'est un prix qui est payé à la place d'une chose.... *pretium pro re;* soit sous la forme d'un échange, si c'est une chose, qui est payée à la place d'une autre chose.... *res pro re.*

231. — Il faut citer aussi comme faisant exception à notre règle, le cas où il y a lieu à compensation entre une somme d'argent et des denrées, dont le prix est réglé par des mercuriales. (Art. 1291.)

Les deux dettes, en effet, sont alors éteintes, quoique ni l'un ni l'autre des créanciers n'ait reçu, en nature, ce qui lui était dû.

232. — De même encore, le cas des restitutions de fruits ordonnées par justice.

Ces restitutions, en effet, doivent être faites en argent, sauf pour les fruits de la dernière année, dont la restitution doit être faite en nature, si elle est possible. (Art. 129 du *Cod. de procéd.*)

233. — Pareillement, la nécessité peut aussi nous contraindre à substituer une estimation en argent, à la chose en nature, que le débiteur était obligé de livrer au créancier.

Que le débiteur d'un corps certain l'ait fait périr par sa faute !

Il n'est pas libéré sans doute! (Art. 1137, 1245, 1302).

Mais cette chose ne pouvant pas être livrée, force est bien au créancier d'en recevoir la valeur, à titre de dommages-intérêts.

234. — Supposons, pourtant, que le créancier demande que son débiteur soit condamné à lui payer une autre chose semblable à celle qui lui était due, et que le débiteur a fait périr par sa faute?

Y sera-t-il fondé?

Cette question peut paraître délicate.

Car les dommages-intérêts, en cas d'inexécution d'une obligation, consistent généralement dans une somme d'argent (art. 1146).

Néanmoins, nous croyons que l'on doit répondre affirmativement, s'il est, en effet, possible d'opérer équitablement cette substitution d'une autre chose semblable à la chose même qui était due.

Ce n'est, comme nous venons de le dire, que par suite de l'impossibilité où le débiteur se trouve, de lui livrer, en nature, la chose qu'il a promise, que le créancier en est réduit à accepter une estimation.

Or, nous supposons que cette impossibilité n'existe pas;

Donc, les juges peuvent condamner le débiteur, à titre de dommages intérêts, à payer au créancier une autre chose semblable à celle qu'il lui avait promise.

Paul m'avait vendu les dix pièces de vin, qui étaient dans sa cave.

Et il les a fait périr par sa faute; ou il les a vendues et livrées à un autre acheteur de bonne foi. (Art. 1141.)

Puis il m'en offre, dit-il, le prix.

Pourquoi donc ne pourrais-je pas conclure contre lui, à ce qu'il me livre dix autres pièces de vin du même crû, s'il est certain, en fait, que cette livraison lui est possible! (Comp. art. 1902-1903; Toullier, t. IV, n° 64 qui cite, en ce sens, une sentence de la conservation de Lyon, rendue le 6 mars 1709.)

235. — On objecte que les dommages-intérêts ne consistent que dans une somme d'argent.

Oui, en règle générale et parce que, en effet, le plus généralement, ce n'est que de cette façon, et par le moyen d'une condamnation pécuniaire, que le créancier peut être indemnisé.

Mais pourquoi n'accorderait-on pas au créancier une réparation plus adéquate, lorsqu'elle est possible?

C'est ce que le législateur admet explicitement, en ce qui concerne les dispositions de faire ou de ne pas faire.

Après avoir disposé, dans l'article 1142, que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur;

Il ajoute, dans les articles 1143 et 1144, que néanmoins, le créancier a le droit, quand cela est possible, de demander l'exécution de l'obligation.

Or, l'article 1243, malgré ses termes en apparence restrictifs, est applicable à toutes les obligations, quel qu'en soit l'objet; le principe qu'il pose, est général; et ce qu'il signifie; c'est que le créancier ne peut être contraint de recevoir *une prestation* autre que celle qui lui est due.

N'est-il donc pas logique et équitable, qu'en cas d'inexécution par la faute du débiteur, le créancier obtienne, lorsque cela est possible, l'équivalent le plus exact de l'exécution qui lui manque? (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 507-508.)

236. — Faut-il mentionner la Novelle IV, chapitre III, par laquelle le débiteur d'une somme d'argent, et qui n'avait ni argent, ni meubles, pour en faire, comme dit Pothier (n° 530), était autorisé, en droit romain, à donner en payement, des immeubles à son créancier qui était contraint de les recevoir, sur le pied de l'estimation, à moins qu'il ne lui trouvât un acheteur? (L. 16, *Cod. de Solut.*)

Cette Novelle, qui n'avait été admise autrefois que dans une très-petite partie de la France, n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir historique.

C'est très-justement, sans doute, qu'on lui a reproché d'*être contraire à la nature des contrats, qui sont la loi des parties*. (*Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu; *Rapport au Tribunat*, par Jaubert; Locré, *Législat. civ.* T. XII, p. 366 et 465.)

237. — *b*. Aux termes de l'article 1244 :

« Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible.

« Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. »

Cet article décide notre seconde question : comment la chose due doit être payée? (*Supra*, n° 225.)

C'est toute la chose, qui doit être payée, la chose tout entière, en une seule fois, sans que le débiteur puisse contraindre le créancier à la recevoir en partie.

Telle est, en effet, la conséquence de la solution que l'article 1243 a donnée à la première question; et on peut dire que ces deux solutions se confondent dans une règle unique; à savoir : que la chose doit être payée comme elle a été promise.

Or, c'est la chose tout entière, qui a été promise dans son individualité, quel qu'en soit l'objet, corps certain ou quantité;

Donc, c'est cette chose ainsi considérée, dans son unité totale, qui doit être payée.

La fractionner, ce serait la dénaturer! ce serait substituer à la dette unique d'une seule chose autant de dettes séparées, que l'on en ferait de parties, égales ou inégales!

Or, voilà ce que le débiteur ne peut pas faire, sans le consentement du créancier (*supra*, n° 226).

Aussi, l'article 1220, dans une formule plus énergique encore que celle de l'article 1244, a-t-il déjà disposé que :

« L'obligation, qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le débiteur et le créancier, comme si elle était indivisible. » (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 541.)

238. — Et ce que nous appelons ici toute la dette,

ce n'est pas seulement la totalité de la somme, c'est-à-dire du capital exigible ;

C'est aussi la totalité de ses accessoires, c'est-à-dire *des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire.*

Voilà ce que les offres réelles du débiteur doivent comprendre pour être régulières (art. 1258-30.)

C'est qu'en effet, le capital, étant une fois exigible, ne forme plus, avec les accessoires qui en dépendent, qu'une seule et même dette. (Comp. *infra*, n° 237; Pothier, n° 534; Toullier, t. IV, n° 67; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 111.)

239. — Le *débiteur*.... D'UNE DETTE.... dit l'article 1244.

Le principe qu'il décrète, n'est, en effet, applicable qu'au cas où il s'agit du payement d'une seule dette.

On ne saurait l'étendre au cas où il s'agit du payement de plusieurs dettes différentes.

Ce n'est pas seulement le texte qui s'y oppose (comp. art. 1253 et 1254);

C'est aussi le motif essentiel, d'où il dérive.

Dès là, en effet, qu'il existe plusieurs dettes distinctes et séparées, ce n'est pas un seul payement qui est à faire. Il y a lieu à autant de payements distincts et séparés, qu'il y a de dettes; et chacun de ces payements peut être fait isolément, dans les conditions particulières de validité, qui lui sont propres ; de sorte que, pour chacune de ces dettes isolément, il suffit que le débiteur offre au créancier toute la chose, qui, en est l'objet, et rien que cette chose.

Il en est ainsi, lors même que ces dettes distinctes existant entre le même débiteur et le même créancier, auraient été contractées toutes par le même acte ; — lors même qu'elles seraient toutes actuellement exigibles ; — lors même qu'elles seraient payables dans le même lieu ; — lors même qu'elles auraient la même cause et le même objet, comme, par exemple, des prêts d'argent.

Toutes ces similitudes n'empêcheraient pas que chacune d'elles pût être payée séparément, sans qu'il y eût lieu de considérer, entr'elles, la priorité des dates ;

Et le débiteur pourrait forcer le créancier à recevoir le payement de l'une d'elles, lors même qu'il ne lui offrirait pas le payement des autres; si, en effet, il était reconnu qu'elles n'en constituent pas moins autant de dettes distinctes et indépendantes.

Il faudrait, sans doute, en cas pareil, bien vérifier le point de fait.

Mais, une fois le fait constaté, l'application du droit ne saurait être douteuse.

240. — C'est en conséquence de ce principe que les prestations successives, qui s'acquittent d'année en année, ou à des termes périodiques plus courts, sont considérées comme autant de dettes distinctes, qui peuvent être payées séparément.

Tels sont les arrérages des rentes, les intérêts des capitaux, les loyers, les fermages.

Ces prestations, il est vrai, semblent bien procéder, en un certain sens, d'une dette unique; la preuve en est qu'une fois que le capital est devenu exigible, elles ne peuvent plus être acquittées séparément (*supra*, n° 238).

Mais, en tant qu'on les considère comme des prestations successives, qui doivent être payées, en effet, successivement, à des termes différents, et en plusieurs fois, il est clair qu'elles ne sont pas et ne peuvent pas être soumises à la règle, qui exige le payement total en une seule fois! il résulte donc de la convention même des parties que chacun d'elles pourra être payée séparément.

Aussi, a-t-il été, de tout temps, admis que « le débiteur de plusieurs années d'arrérages peut obliger le créancier à recevoir le payement d'une année, quoiqu'il ne lui offre pas, en même temps, le payement des autres années. »

C'est ainsi que Pothier s'exprime (n° 539), suivant,

en ce point, la doctrine de Dumoulin (*De Div. et indiv.*, Part. II, n° 44).

Telle est aussi la doctrine moderne.

241. — Ajoutons, toutefois, en ce qui concerne ces prestations successives, qu'il y a lieu de tenir compte de l'ordre successif des échéances, lorsqu'il s'agit du payement séparé des annuités arréragées.

C'est-à-dire que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir les dernières années avant les premières.

Il faut donc que le débiteur commence par payer les plus anciennes, et ainsi de suite, en suivant les dates des échéances.

Pourquoi donc?

Duranton, effectivement, s'en étonne; et il enseigne, au contraire, que puisqu'il y a là autant de dettes distinctes que d'annuités, le débiteur est libre de payer, à son choix, celle qu'il lui convient, fût-elle la dernière échue (T. XII, n° 206.)

La réponse nous paraît facile:

C'est que les conventions doivent être exécutées de bonne foi! (art. 1134), et qu'il serait contraire à la bonne foi, et à la commune intention des parties, loyalement interprétée, que le débiteur, qui, après tout, est en retard et en faute, profitât de cette faute même et de ce retard, pour porter préjudice au créancier.

Or, il lui porterait préjudice, s'il pouvait le forcer à recevoir les dernières années échues avant les premières :

Non-seulement par ce motif qu'en donne Dumoulin, et que Duranton aurait raison de trouver *frivole*, s'il était seul, que cette interversion mettrait le trouble et la confusion dans les comptes du créancier... *ne rationes ejus conturbentur* (*loc. supra cit.*);

Mais encore et surtout parce qu'il importe au créancier d'être payé d'abord des arrérages le plus ancienne-

ment échus; — soit afin de ne pas encourir la prescription prononcée par l'article 2277; — soit, dans le cas où la dette est hypothécaire, afin de conserver le rang d'inscription, que l'article 2151 lui assure; — soit aussi afin de ne pas se voir déchu du droit qui pouvait lui être acquis par l'effet de l'accomplissement d'un pacte commissoire, ou autrement, d'après l'article 1912. (Comp. Pothier, n° 534 et 539; Delvincourt, t. II, p. 555; Toullier, t. IV, n° 70; et Duvergier, h. l. note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 111.)

242. — Cette seconde partie de notre règle comporte, d'ailleurs, comme la première partie, certaines exceptions. (Comp. *supra*, n° 237.)

Et d'abord, il est clair que la convention des parties peut y déroger, et que le créancier peut accorder au débiteur la faculté de se libérer par des payements partiels.

C'est ce qui arrive, lorsque, par exemple, il lui accorde plusieurs délais.

Je vous prête 30 000 francs; et il est convenu qu'ils seront remboursables en trois termes, d'année en année.

De là, évidemment la division du payement en trois parties.

Lesquelles?

En parties égales, tout naturellement, lorsque le contrat ne s'en explique pas; et, par conséquent, dans notre exemple, le débiteur fera trois payements égaux entre eux, chacun d'un tiers de la somme totale, soit 10 000 fr. (Comp. Pothier, n° 536; Larombière, t. III, art. 1244, n° 9.)

243. — Ce que nous disons de la diversité des échéances, est également vrai:

Soit de la diversité des lieux;

Soit de la diversité des personnes, auxquelles il est convenu que le payement sera fait.

Le contrat porte que vous me payerez les 30 000 francs

à Paris *et* à Marseille, non point à Paris *ou* à Marseille ; dans l'un et dans l'autre lieu réunis par la particule conjonctive ; et non point dans l'un ou dans l'autre, séparés par la particule disjonctive.

C'est-à-dire qu'il est convenu qu'il y aura deux payements.

Mais comment pourrait-il y avoir deux payements, chacun de 30 000 francs, puisque vous ne me devez en tout, que cette somme !

Donc, la diversité des lieux de payement, implique la division de ces payements !

Il en est de même de la diversité des personnes ; comme s'il a été convenu que vous payerez les 30 000 francs à Pierre *et* à Paul, désignés conjonctivement, que j'ai chargé de recevoir pour moi ; chacun d'eux évidemment ne pourra recevoir qu'une partie des 30 000 francs, la moitié, si nous n'en avons pas dit davantage.

244.— Je vous ai donc prêté ces 30 000 francs, avec la faculté, par vous, de me les rembourser successivement en trois échéances, d'année en année.

Mais vous n'avez pas été exact ; la première échéance s'est passée, sans aucun payement ; et la seconde, de même.

Nous voici à la troisième, qui rend, par conséquent, la totalité de la somme exigible, puisque vous n'en avez encore payé aucune partie.

En cet état, pouvez-vous me forcer à recevoir cette somme par tiers ?

Et si vous m'offrez seulement 10 000 francs, suis-je, au contraire, fondé à les refuser, et à vous demander le payement de la somme totale ?

Notre avis est qu'il faut répondre pour le créancier, en thèse générale, bien entendu ; car ce sont là des questions d'interprétation, dont la solution est, avant tout, subordonnée aux termes de l'acte et aux circonstances particulières du fait.

Mais, généralement, nous croyons que le créancier, en cas pareil, serait fondé à exiger le payement de la totalité; car il n'y avait pas trois dettes distinctes, chacune de 10 000 francs; il n'y avait qu'une seule dette, de 30 000 francs.

Il est vrai que cette dette unique aurait pu être payée successivement par tiers, à chacune des échéances convenues; elle aurait pu l'être; oui! mais elle ne l'a pas été; et elle se trouve, en conséquence, aujourd'hui reconstituée, dans son unité indivisible, sous le rapport du payement; entre le débiteur et le créancier. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 544; Larombière, t. III, art. 1246, n° 6.)

245. — « La règle, que le créancier ne peut pas être obligé de recevoir par parties ce qui lui est dû, tant que la dette n'est pas encore divisée, reçoit encore exception, dit Pothier,..... lorsque, en considération de la pauvreté du débiteur, le juge l'a ordonné ainsi par un jugement de condamnation. » (N° 536.)

C'était aussi la doctrine de Dumoulin, qui témoigne avoir vu diviser le payement de la dette, afin de le rendre plus facile à des débiteurs malheureux et pauvres. (*Div. et indiv.*, Part. II, n° 49.)

Cette exception, qui était, comme on voit, certainement admise dans notre ancien Droit, doit-elle être encore admise dans notre Droit nouveau?

En d'autres termes, les juges peuvent-ils, en considération de la position du débiteur, lui concéder plusieurs délais pour se libérer, et par conséquent, l'autoriser à faire des payements partiels?

On a soutenu la négative, et que l'article 1244 ne confère aux juges le pouvoir que d'accorder au débiteur un délai unique, sans division de payement. (Comp. Colmar, 18 août 1816, D. Rec. alph., v° *Obligations*, p. 556; Duranton, t. XII, n° 88.)

Mais la doctrine contraire a généralement prévalu; et

c'est, suivant nous, avec grande raison, soit d'après le texte de l'article 1244, soit d'après son motif essentiel :

1° Le second alinéa de l'article 1244 est conçu de telle sorte, qu'il a évidemment pour but d'apporter une exception à la règle, qui est posée par le premier alinéa : *Néanmoins*, dit-il ;

Or, la règle, qui est posée par le premier alinéa, est précisément celle de l'indivisibilité du payement entre le débiteur et le créancier ;

Donc, c'est à cette règle, que le second alinéa fait une exception.

Autrement, l'emploi de ce mot, qui relie entr'elles les deux parties de notre texte, serait incompréhensible.

Il serait, disons-nous, incompréhensible, si, en effet, le second alinéa ne se référait pas au premier, et si la disposition renfermée dans l'un, était indépendante de la disposition renfermée dans l'autre !

2° Aussi, n'est-ce pas *un délai* seulement, que l'article 1244 permet aux juges d'accorder au débiteur; ce sont *des délais*.

D'où résulte, évidemment, pour le juge la faculté de lui permettre de diviser le payement; la diversité des délais impliquant nécessairement le fractionnement de la dette (*supra*, n° 242).

Et il n'y a pas à s'y tromper ! car ce mot : *délais*, employé au pluriel, doit ici s'entendre, d'après le texte même, *d'une dette*, dit le premier alinéa, et *du débiteur*, dit le second alinéa, et non pas *des débiteurs*.

Or, comment comprendre plusieurs délais accordés à un seul débiteur, sans le fractionnement de la dette et la division du payement?

On a coutume, il est vrai, quand on traite, en général, ce sujet, de dire souvent *le délai de grâce, le terme de grâce;* et nous avons fait ainsi nous-même. (Comp. le tome III. n° 585.)

Mais on n'entend certes pas, et nous n'avons pas, pour

notre part, entendu décider par là, que le juge ne peut accorder qu'un seul délai!

3° Nous ajoutons que le motif essentiel, qui a dicté au législateur la disposition de l'article 1244, ce motif d'équité, d'humanité, devait aussi le porter à conférer ce pouvoir aux juges.

Les circonstances, en effet, peuvent être telles, que le Tribunal reconnaisse qu'il est dans l'intérêt commun des deux parties que le payement soit divisé ; c'est, par exemple, un débiteur, qui, dans son malheur et dans sa bonne volonté, pourra prélever une certaine somme sur ses revenus ou sur les produits de son travail pour éteindre successivement sa dette ; tandis que la nécessité d'un payement intégral en une seule fois le découragerait et l'écraserait peut-être ; de sorte que le créancier, pour avoir voulu tout avoir tout de suite, finirait par n'avoir absolument rien !

4° Nous concluons donc que les juges peuvent accorder plusieurs délais et diviser les payements.

Cette conclusion paraît bien être aussi celle qui résulte des travaux préparatoires, quoique la confusion, dont ils ne sont pas exempts sur ce point, ait permis à chacun des systèmes contraires d'y trouver des arguments en sa faveur. (Comp. Cass., 20 déc. 1842, Aroux, Dev., 1843, I, 223 ; Delvincourt, t. II, p. 768 ; Toullier, t. IV, n° 71 ; Boncenne, *De la Procéd. civ.*, t. II, p. 517 ; Rodière, t. I, p. 370 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 111 ; Larombière, t. III, art. 1244, n° 25 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 183 *bis*, IV.)

246. — Nous pouvons encore citer la compensation comme faisant exception à notre règle (*supra*, n° 231).

Aux termes de l'article 1289 :

« Les deux dettes s'éteignent jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.... »

D'où il suit que la dette la plus forte ne se trouve

éteinte, qu'en partie, par cette espèce de payement fictif.

247. — Il en est ainsi du bénéfice de division.

Aux termes de l'article 2025 :

« Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, elles sont obligées, chacune, à toute la dette. »

Mais l'article 2026 ajoute :

« Néanmoins, chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.... »

D'où il suit que chacune d'elles peut ne faire qu'en partie, le payement de la dette.

Mais notre texte même démontre que ce n'est là qu'une *exception*, par laquelle la caution peut se défendre contre l'*action* du créancier, qui la poursuit.

Le bénéfice de division n'a pas lieu, en effet, de plein droit; et les cautions ne pourraient pas, en prévenant les poursuites du créancier, le contraindre à recevoir, divisément de chacune d'elles, sa part et portion dans la dette. (Comp. Paris, 21 déc. 1836, Despons, Dev., 1837, 2-219.)

248. — Pothier signalait une autre exception à la règle, que nous exposons.

« Lorsqu'il y a, disait-il, contestation sur la quantité de ce qui est dû; *puta*, si par un compte, je me suis rendu reliquataire d'une certaine somme, et que celui à qui je rends compte, prétende, par ses débats, que le reliquat doit monter à une plus grande somme, la loi 31, ff. *de rebus creditis*, veut, en ce cas, que le créancier puisse être obligé de recevoir la somme dont je me fais reliquataire, sans préjudice du surplus, en attendant la décision de la contestation. »

Et il ajoutait :

« Cette décision étant très-équitable, il est de la pru-

dence du juge d'ordonner ce payement provisionnel, lorsque le débiteur le demande » (nº 538).

Les juges, en effet, peuvent ordonner, en cas pareil, sur l'offre du débiteur, ou sur la demande du créancier, que le débiteur payera, à titre de provision, une certaine somme, en attendant le résultat d'un compte ou d'une liquidation, qui peut élever la dette à une somme plus forte.

D'où il suit, cette fois encore, que le créancier, finalement, aura reçu son payement par parties (art. 535, Cod. de Procéd.; Larombière, t. III, art. 1244, nº 12).

249. — Enfin, il est clair que, dans certains cas encore, il faut bien que le créancier se contente d'un payement partiel; comme dans le cas de distribution par voie de contribution ou d'ordre, ou dans le cas de concordat.

Mais c'est alors, seulement, le résultat d'une nécessité de fait, c'est-à-dire de l'impuissance où se trouve le débiteur, à raison du désordre de ses affaires, de s'acquitter intégralement.

Ce n'est point, en réalité, une exception légale à notre règle.

On pourrait pourtant reconnaître le caractère d'une telle exception dans le cas de purge.

En effet, aux termes de l'article 2184, il suffit au tiers détenteur de déclarer qu'il est tenu d'acquitter les dettes et charges hypothécaires *jusqu'à concurrence seulement du prix* de l'immeuble, dont il entreprend la purge.

D'où il suit encore que les créanciers peuvent ne recevoir qu'en partie le payement de ce qui leur est dû.

C'est que l'état de purge constitue, en quelque sorte, une petite faillite de l'immeuble qui est grevé des priviléges ou des hypothèques; ce qui rend applicable à ce cas, l'explication que nous venons de fournir sur les cas qui précèdent.

Et puis, il faut remarquer que ceci se passe, non pas entre le débiteur et le créancier, mais entre le créancier et le tiers-détenteur; de sorte que notre règle demeure juridiquement intacte (comp. Paris, 21 déc. 1836, Despons, Dev., 1837, 2-210).

250. — *c*. Reste à savoir en quel état la chose due doit être payée (*supra*, n° 225).

A cet égard, une distinction doit être faite.

Ou l'obligation a pour objet un corps certain et déterminé ;

Ou elle a pour objet une chose, qui n'est déterminée que par son espèce.

Le premier cas est régi par l'article 1245 ;

Et le second, par l'article 1246.

Ces deux textes ne nous arrêteront pas longtemps ; ils ne sont que des conséquences de principes, que nous avons exposés déjà sur les articles 1136 et suivants (t. I, n°s 403, 428 et suiv.), ou que nous exposerons bientôt sur les articles 1302 et suivants.

Nous avons d'ailleurs rencontré cette distinction avec des conditions tout à fait semblables, dans la matière des legs, où l'article 1018 correspond à l'article 1245, et l'article 1022 à l'article 1246.

Aussi, nous suffira-t-il de nous référer, sur beaucoup de points, aux développements que nous y avons consacrés. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n°s 701 et suiv. et 731 et suiv.).

251. — L'article 1245 est ainsi conçu :

« Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose dans l'état où elle se trouve, lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues, ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celles des personnes, dont il est responsable, ou que, avant ces détériorations, il ne fût pas en demeure. »

Ce que le débiteur, en effet, doit seulement en pareil

cas, c'est la chose déterminée, qui fait l'objet de son obligation, cette chose-là elle-même, en nature, et non pas une autre.

Il serait entièrement libéré, si elle venait à périr par cas fortuit, et avant qu'il fût en demeure (art. 1302).

A plus forte raison, ne saurait-il être responsable des détériorations, qui ne proviennent ni de sa faute ni de son fait, ni de la faute ou du fait de ceux dont il doit répondre.

252. — Dans le second cas, d'après l'article 1246 :

« Si la dette est d'une chose, qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. »

Cette disposition est fondée sur l'interprétation vraisemblable et équitable de la commune volonté des parties.

Lorsque, en effet, on s'occupe d'une chose appartenant à une certaine espèce, sans désignation d'un individu, il n'est pas ordinaire que la pensée se porte sur *les extrêmes*, ni sur le pire, ni sur le meilleur ; elle s'arrête, au contraire, naturellement, aux qualités intermédiaires, à ces qualités moyennes, qui caractérisent généralement les individus de cette espèce.

Ce serait donc un manquement à la bonne foi, avec laquelle les conventions doivent être exécutées : soit de la part du débiteur, qui offrirait un individu de la plus mauvaise espèce ; soit de la part du créancier, qui prétendrait l'exiger de l'espèce la meilleure (art. 1134.)

253. — L'explication, que nous venons de fournir de l'article 1246, prouve assez qu'il est applicable, malgré ses termes, restrictifs peut-être en apparence, non-seulement aux choses, qui, quoique de même espèce, diffèrent néanmoins dans l'individu, mais encore à toutes les choses fongibles de leur nature ; comme le vin, l'huile, le blé.

254. — Mais, en même temps, aussi, ses termes nous paraissent prouver qu'il n'est applicable que dans le cas où la convention a pour objet une chose *qui n'est*, effet, *déterminée que par son espèce*, sans aucun autre élément particulier de détermination, en un mot, dans le cas *du genus illimitatum*, comme disaient nos anciens, *un cheval*, par exemple, *une pièce de vin*.

Il ne faudrait donc pas l'appliquer au cas du *genus limitatum;* comme si la convention avait pour objet l'un des dix chevaux, qui se trouvent dans l'écurie du débiteur, ou l'une des dix pièces de vin, qui se trouvent dans sa cave.

La chose alors ne serait pas seulement déterminée par son espèce; la détermination se trouverait spécialisée et restreinte dans les limites d'une certaine désignation.

Et nous pensons que, dans ce cas, le choix appartiendrait au débiteur, qui pourrait, en conséquence, offrir au créancier, parmi ces choses, celle qui aurait, à ses yeux, la moindre valeur (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n°s 731-732; et le tome III de *ce Traité*, n° 35).

C'est que, en effet, l'indétermination est alors beaucoup moindre; et l'on peut présumer que le créancier, ne s'étant pas expliqué autrement, s'en est remis au choix du débiteur. (Arg. de l'article 1190.)

255. — La disposition de l'article 1246 n'a rien d'ailleurs d'impératif, puisqu'elle n'est, ainsi que nous venons de le reconnaître, qu'une interprétation faite par la loi, de la volonté présumée des parties.

D'où il suit que les circonstances du fait peuvent en modifier l'application.

Ce qu'il faut surtout rechercher, c'est la fin que les parties se sont proposée, et l'espèce de service, de fonction, auxquels le stipulant, au vu et su du promettant, entendait employer la chose, qui faisait l'objet du contrat.

Paul s'oblige, envers Pierre, à lui livrer un cheval.

Quel cheval? — de labour? — de trait? — ou de selle?

La convention ne s'explique pas.

Eh bien! alors, on considérera la position du créancier, son état, ses habitudes, la profession du débiteur, selon qu'il vendait habituellement des chevaux propres à tel ou service, le prix surtout, plus ou moins considérable, qui aura été stipulé; tels sont, en effet, les éléments, qui pourront servir à décider cette question de fait.

Et lorsqu'il sera constaté dans quelle specialité le cheval promis doit être livré, ce sera encore l'article 1246 qu'il faudra appliquer; c'est-à-dire que si c'est un cheval de trait, le débiteur devra livrer un cheval de trait, d'une qualité moyenne, *loyale et marchande* (comp. Larombière, t. III, art. 1246, n° 2).

256. — Il se peut même que l'application de l'article 1246 doive être tout à fait écartée.

C'est ce qui arrive dans le contrat de prêt de consommation, dont c'est là précisément l'un des caractères propres.

Aux termes de l'article 1893:

« Le prêt de consommation est un contrat par lequel « l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de « choses, qui se consomment par l'usage, *à la charge,* « *par cette dernière, de lui en rendre autant de même es-* « *pèce et qualité.* »

Et l'article 1902, définissant l'obligation de l'emprunteur, ajoute:

« L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées « *en même quantité et qualité....* »

Telle est, en effet, dans ce cas, à l'inverse des cas ordinaires, l'interprétation vraisemblable et équitable de la commune volonté des parties.

Le prêteur a évidemment entendu être remis, par la restitution des choses prêtées, au même état qu'avant la livraison qu'il en a faite.

Telles l'emprunteur les a reçues, telles donc il doit les rendre !

C'est ce qui a lieu également, en matière d'usufruit (art. 587 ; comp. *notre Traité de la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit*, t. II, n° 291).

257. — Il est encore un cas, dans lequel il ne suffit pas au débiteur, pour être libéré, de donner une chose de qualité moyenne et intermédiaire, ni la meilleure, ni la pire.

Il faut que la chose ait été agréée par le créancier, et qu'elle lui convienne!

Aux termes de l'article 1987 :

« A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que « l'on est dans l'usage de goûter, avant d'en faire l'achat, « il n'y a point de vente, tant que l'acheteur ne les a pas « goûtées et agréées. »

C'est que telle est encore la convention des parties, interprétée comme elle doit l'être, d'après nos usages et nos habitudes ;

Sauf à examiner, en fait, si l'acheteur n'a pas renoncé à cette faculté souveraine de dégustation, en s'en rapportant au goût du vendeur.

Mais nous n'avons pas à nous arrêter, en ce moment, sur cette disposition, qui appartient au titre *de la Vente*.

258. — Quant aux obligations, dont le payement consiste en une somme d'argent, le législateur a pris soin de déterminer la manière, dont il devra être fourni.

L'article 1895 est ainsi conçu :

« L'obligation, qui résulte d'un prêt en argent, n'est « toujours que de la somme numérique énoncée au « contrat.

« S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces « avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre « la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que « cette somme dans les espèces ayant cours au moment « du payement. »

L'article 1896 ajoute :

« La règle portée en l'article précédent, n'a pas lieu, « si le prêt a été fait en lingots. » (Ajout. art. 1877.)

Quoique ces articles se trouvent placés dans le titre *du Prêt*, ils sont évidemment applicables à toutes les obligations, dont l'objet consiste en une somme d'argent.

L'exception même, que la loi a faite pour les contrats de dépôt, de commodat ou de prêt à usage, témoigne que la règle de l'article 1895 est générale et gouverne tous les autres contrats.

C'est bien, en effet, par exception, que l'article 1932 dispose que :

« .... Le dépôt des sommes monnayées doit être rendu « dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas « d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur « valeur. » (Comp. aussi l'article 1875 pour le commodat.)

La disposition de l'article 1895 n'est, en effet, elle-même que la consécration d'un principe général qui gouverne toutes les conventions, à savoir : que les espèces monnayées figurent, dans le commerce des échanges, non pas comme individus, mais comme quantités.

« *In pecuniâ, non corpora quis cogitat, sed quantita-* « *tem,* » disait Papinien. (L. 94, § 1, ff. *De Solut.*)

Et Paul disait de même :

« *Ea materia formâ publicâ percussa, usum dominium-* « *que non tam ex substantiâ præbet, quam ex quantitate.* » (L. 1. ff. *De Contrah. empt.*).

Ce que les parties considèrent donc seulement dans les espèces monnayées, ce n'est pas la valeur intrinsèque du métal, comme lorsqu'elles traitent sur des lingots ; c'est la représentation légale de la valeur signifiée, pour laquelle l'État les a livrées à la circulation.

C'est là, disons-nous, un principe général, fondé sur les considérations politiques et sociales les plus évidentes, et dont nous pouvons ajouter, en conséquence, qu'il est un principe d'ordre public. (Comp. Dumoulin, *de Usuris,*

n°s 693 et suiv.; Delvincourt, t. II, p. 132; Duranton, t. XII, n° 91; Duvergier, *Revue étrangère*, 1840, t. VII, p. 229.)

259. — D'où il faut, suivant nous, déduire encore une conséquence importante.

C'est que les parties ne peuvent, ni directement, ni indirectement, déroger, par leur convention, au principe, dont l'article 1895 a fait une loi (art. 6).

Il faudrait donc tenir pour nulle toute clause, par laquelle il serait convenu que le payement d'une somme d'argent ne pourra pas être fait d'après la valeur nominale des espèces à l'époque où il aura lieu, ou qui stipulerait le payement en sus de la différence, à titre d'indemnité, dans le cas où la valeur légale de la monnaie subirait des modifications, en vertu d'une loi, dans l'intervalle de l'époque de la convention à l'époque du payement (comp. Aix, 23 nov. 1871, *le Droit* du 7 déc. 1871, et Dev. 1872, II, 163).

Duranton (t. XII, n° 93) a, toutefois, exprimé un sentiment contraire, en se fondant sur l'article 143 du Code de commerce, qui porte que :

« Une lettre de change doit être payée dans la mon-
» naie qu'elle indique. »

Oui, sans doute !

Et nous croyons, en effet, que si la convention, quelle qu'elle soit, commerciale ou civile, indique la monnaie dans laquelle le payement devra être fait, cette convention sera licite et devra être exécutée ;

Et cela, sans distinguer si les parties ont indiqué la monnaie française ou une monnaie étrangère.

Car nous n'apercevons, ni dans l'un ni dans l'autre cas, aucun motif pour dire que cette convention serait contraire à l'ordre public.

Mais que prouve cet argument contre notre thèse?

Il ne prouve, suivant nous, absolument rien.

Car notre thèse n'est pas celle-là; elle est tout autre!

Ce que nous prétendons, c'est que, dans le cas où le

payement doit être fait en monnaie française, il n'est pas permis de stipuler que la monnaie française, avec laquelle le payement aura lieu, sera prise pour une valeur supérieure ou inférieure à sa valeur légale. (Comp. Pothier, *Traité du prêt de consommation*, n° 37 ; Merlin, répert. v° *Prêt*, n° 27; Troplong, Du *Prêt*, n° 40; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 110 ; Larombière, t. III, art. 1246, n° 7; article de M. Daniel de Folleville, qui combat, dans la *Revue pratique*, un arrêt rendu, en sens contraire, par la Cour de Douai, le 8 mars 1872.)

Il faut aussi consulter, dans le sens contraire à la doctrine, que nous présentons, un remarquable article de M. Labbé. (Dev. 1872, II, 161).

260. — Notre avis est même qu'il n'y a pas lieu de distinguer si ce débiteur a été on n'a pas été mis en demeure, avant la variation légale de la valeur des espèces monnayées.

La doctrine contraire a, toutefois, sur cette question encore, ses partisans (comp. Duranton, t. XII, n° 94).

Mais si la doctrine, que nous venons de présenter (*supra* n° 259), est exacte, et elle nous paraît incontestable! nous croyons qu'elle exclut nécessairement toute distinction de ce genre (comp. Larombière, t. III, art. 1246, n° 7).

261. — Le débiteur d'une somme d'argent doit payer en espèces métalliques, or ou argent.

Il peut pas offrir au créancier des valeurs en papier, quelles qu'elles soient, même des billets de la banque de France!

Ce serait là, en effet, forcer le créancier à recevoir une chose autre que celle qui lui est due, et par conséquent, violer l'article 1243 (comp., Avis du Conseil d'Etat du 12-20 frimaire an XIV; Cass, 7 avril 1856, Coillé, Dev. 1857-1-103).

262. — Il n'en serait autrement que dans le cas où la loi aurait attribué un cours forcé à certaines valeurs en papier ;

Cas exceptionnels, dont il y a malheureusement, dans notre histoire politique et financière, de trop célèbres exemples, et qui ne se présentent guère que dans les époques révolutionnaires, quoique, Dieu merci ! ils n'aient pas toujours le même caractère de violence et de spoliation !

Lors donc qu'il arrive que le législateur attribue le cours forcé à une valeur en papier, cette valeur remplit, en effet, dans le commerce des échanges, l'office d'une monnaie ; et tout ce que nous venons dire de la monnaie métallique, doit, en conséquence, être appliqué à ce papier monnaie (*supra* n[os] 256 et suivants ; comp. loi du 5 messidor an V ; décret du 15 mars 1848 et loi du 16 août 1850 ; décret du 12 août 1870, Dev. 1870, *lois annotées* p. 503 ; Merlin, Repert. *V[is] Assignat, Mandat territorial, Monnaie*, § 5 ; et Quest. de Droit V[o] *Papier monnaie ;* Cass., 6 janv. 1872, min. publ. D., 1872, 1-46).

265. — En général, et sauf convention contraire, le débiteur a le choix des espèces d'or ou d'argent, au moyen desquelles il lui convient de faire le payement (art. 1162, 1190).

Toutefois, aux termes de l'article 5 de la loi du 14 août 1866, les pièces de 20 et de 50 centimes, ainsi que les pièces de 1 franc et de 2 francs, n'ont cours légal, entre particuliers, que comme monnaie d'appoint, et seulement jusqu'à concurrence de 50 francs pour chaque payement. (Comp. l'art. 5 de la loi du 25 mai 1864, Dev. *Lois annotées*, 1864, p. 102 ; et 1866, p. 62.)

Quant à la monnaie de cuivre et de billon, un décret du 18 août 1810 dispose qu'elle ne peut être employée dans les payements, si ce n'est de gré à gré, que pour l'appoint d'une pièce de 5 francs, c'est-à-dire seulement jusqu'à concurrence de 4 fr. 95.

D'où la Cour de cassation a conclu, fort justement, en effet, que :

« ..... Le payement d'une somme de moins de 5 francs

peut être effectué entièrement avec la même monnaie (de cuivre et de billon), et que le créancier est tenu de la recevoir, sous peine de contrevenir à l'article 475 n° 11 du code pénal, si d'ailleurs il n'est point reconnu qu'elle n'est pas de fabrication française, ou qu'elle soit fausse ou altérée... » (13 juillet 1860, Pollet, Dev. 1860-1-1020; comp. Merlin, Quest. de droit, V° *Payement*, § 3; Toullier, t. IV, n° 54; Larombière, t. III, art. 1246, n° 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. 4, p. 158-159).

264. — Nous avons excepté déjà de la solution, qui précède, le cas où les parties seraient convenues, *de gré à gré*, comme dit le décret du 18 août 1819, que le payement aurait lieu en telles espèces déterminées.

Cette convention, qui n'a rien, en effet, de contraire à l'ordre public, devrait donc faire leur loi commune. (Comp., *supra*, n° 259; art. 143 Code de commerce; art. 1134; Toullier, t. IV, n° 53; Troplong, *Du Prêt*, n° 243; Larombière, *loc. supra cit.*)

V.

EN QUEL LIEU LE PAYEMENT DOIT-IL ÊTRE FAIT. — ET AU FRAIS DE QUI.

SOMMAIRE.

265. — I. En quel lieu le payement doit être fait.
266. — Suite.
267. — Suite.
268. — Suite.
269. — Suite.
270. — Suite.
271. — Suite.
272. — Suite.
273. — Suite.
274. — Suite.
275. — Suite.
276. — Suite.
277. — Suite.
278. — Suite.
279. — Suite.
280. — Suite.
281. — Suite.
282. — Suite.

265. — I. Nous demandons d'abord en quel lieu le payement doit être fait.

Voici la réponse dans l'article 1247 :

« Le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le payement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

« Hors ces deux cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur. »

Lorsqu'il s'agit d'une convention unilatérale, qui ne produit qu'un seul débiteur, et par conséquent, un seul payement, il n'y a aussi qu'un seul lieu qui doive être déterminé pour le payement.

Mais, comme la convention synallagmatique produit, au contraire, deux débiteurs, elle donne lieu aussi à deux payements; et il faut dès lors déterminer, pour chacun d'eux, le lieu où il doit être fait.

C'est ce que nous allons bientôt reconnaître.

266. — Le principe général, en cette matière, nous paraît devoir être ainsi posé :

Régulièrement, le payement doit être fait au domicile du débiteur ;

A moins qu'il ne résulte de la convention, soit expresse, soit tacite, des parties, qu'elles ont entendu qu'il serait fait dans un autre lieu.

Quoique cette formule semble être, à première vue, le renversement de l'article 1247, puisqu'elle met au commencement ce qu'il a mis à la fin, nous croyons qu'elle reproduit exactement le vrai sens de sa disposition.

267. — Régulièrement, disons-nous, dans le silence de la convention, le payement doit être fait au domicile du débiteur;

Quel que soit d'ailleurs le lieu où la convention a été faite; ce n'est pas ce lieu, qui détermine celui du payement; c'est le lieu du domicile du débiteur, lors même que le contrat a été passé dans un autre lieu.

Telle est la conséquence de la règle posée par l'article 1162, que, dans le doute, la convention s'interprète contre celui, qui a stipulé, et en faveur de celui, qui a contracté l'obligation.

Or, il est de l'intéret du débiteur de n'être pas obligé de se déplacer, et de transporter, à ses frais, la chose dûe au domicile du créancier, ou dans un autre lieu; ce serait là, évidemment, une aggravation de son obligation.

Donc, on ne peut pas, dans le silence du contrat, la lui imposer.

Il vous a promis telle chose.

Eh bien! il la tient à votre disposition ; et il est prêt à vous la livrer.

Venez donc la chercher, la *quérir*, puisqu'il ne s'est pas obligé à vous la porter.

Et voilà, en effet, comment on dit que les dettes sont généralement *quérables* et non pas *portables* (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 542).

Pothier, qui enseignait aussi ce principe, n'y était pas, toutefois, assez ferme.

Il concédait, d'après Dumoulin (*De usuris*, quæst. 9), que, dans le cas où les demeures du créancier et du débiteur ne sont pas beaucoup éloignées l'une de l'autre, et lorsque la chose due est facilement transportable, le débiteur doit à son créancier *cette déférence* de la lui porter. (N° 549.)

Est-ce la peine de dire que notre principe ne comporte aujourd'hui aucune exception pareille ?

Le texte de l'article 1247 est, en effet, absolu :

« Hors ces deux cas (que nous allons exposer), *le payement doit être fait au domicile du débiteur.*

268. — Mais aussi, réciproquement, c'est un droit, pour le créancier, de ne recevoir son payement qu'à ce domicile.

La règle de l'article 1247 a été posée, il est vrai, dans l'intérêt du débiteur. (*Supra*, n° 267.)

Mais une fois posée, cette règle forme la loi commune des deux parties.

Aussi, le texte ne comporte-t-il aucune distinction entre l'une et l'autre.

269. — *Au domicile du débiteur*, dit l'article 1247.

Mais lequel ?

Est-ce celui, qu'il avait, lorsque la convention a été formée ?

Est-ce celui, qu'il a, lorsque le payement doit être fait, s'il en a changé dans l'intervalle ?

Est-ce l'ancien ou le nouveau ?

La question est controversée.

Pour soutenir que le payement doit être fait au domicile, que le débiteur avait, au moment où la convention a été formée, on raisonne ainsi :

1° Le silence des parties sur le lieu où le payement devra être fait, équivaut à une convention tacite qu'il sera fait au domicile du débiteur ; tel est le motif sur lequel est fondé le dernier alinéa de l'article 1247 ;

Or, il ne peut pas dépendre de la volonté d'une seule

des parties, pas plus du débiteur que du créancier, de changer la convention, qui est le produit de leurs volontés communes ;

Donc, pour l'un comme pour l'autre, le lieu du payement demeure toujours celui que le débiteur avait à l'époque du contrat.

S'il avait été convenu que le payement serait fait au domicile du créancier, est-ce que celui-ci pourrait, s'il en changeait, exiger que le débiteur fît le payement au lieu de son domicile nouveau ?

Non sans doute ! (Comp. *infra*, n° 273.)

Eh bien ! il en doit être de même, réciproquement, lorsque, dans le silence du contrat, il a été tacitement convenu que le payement aurait lieu au domicile du débiteur ; car il n'est pas plus permis au débiteur d'aggraver la condition du créancier, qu'au créancier d'aggraver la condition du débiteur.

2° Or, le changement du domicile du débiteur pourrait aggraver la condition du créancier, s'il lui était opposable, et s'il avait pour résultat de changer, à son préjudice, le lieu du payement. Non-seulement il pourrait lui occasionner des frais de recouvrement plus considérables ; mais il pourrait même amoindrir notablement la valeur de la chose, qui lui est due ! On sait, en effet, que la valeur d'un grand nombre de choses, et particulièrement des denrées, varie beaucoup eu égard aux différents lieux où elles doivent être livrées ; et que leur transport du lieu de la production au lieu de la consommation, en élève toujours le prix !

On ne saurait donc admettre que le débiteur, par le déplacement de son domicile, puisse causer au créancier un tel dommage. (Comp. Duranton, t. XII, n° 101, Zachariæ, § 319, note 11.)

270. — Ces motifs sont sérieux.

Et pourtant, nous ne pensons pas qu'ils suffisent à justifier la conclusion que l'on veut en déduire :

1° Le texte même de la loi nous paraît tout d'adord y résister; la généralité des termes de l'article 1247 implique, en effet, à notre avis, qu'ils désignent le domicile actuel du débiteur, celui-là même qu'il a, lorsque le payement doit être fait.

L'article commence par disposer que le payement doit être exécuté *dans le lieu désigné par la convention* d'une manière *expresse;* il prévoit ensuite le cas d'une désignation *tacite* du lieu de payement, résultant de ce que l'obligation a pour objet *un corps certain et déterminé.*

Et c'est, après cela, qu'il ajoute :

« Hors ces deux cas, le payement doit avoir lieu au domicile du débiteur. »

Donc, il ne suppose aucune convention sur le lieu du payement.

Le vrai motif du dernier alinéa de l'article 1247, c'est que le législateur a voulu, dans cet absolu silence du contrat, faciliter la libération et favoriser le débiteur.

Mais il n'y a pas, alors, en réalité, de convention sur le lieu du payement.

Et voilà bien ce qui différencie ce cas d'avec celui où il a été convenu que le payement aurait lieu au domicile du créancier.

Dans le cas où nous sommes, le créancier a suivi la foi du débiteur; il est resté dans le droit commun; or, le droit commun, c'est que le débiteur a pu changer de domicile, et que, s'il en a changé, ce n'est plus à l'ancien, mais seulement au nouveau qu'il faut aller le chercher.

Nous avons dit, sans doute, aussi nous-même, que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir le payement dans un autre lieu que celui de son domicile. (*Supra*, n° 268.)

Assurément!

Mais ce domicile, ajoutons-nous, c'est celui du débiteur, à l'époque où le payement doit être fait.

2° Telle paraît avoir été aussi la doctrine de Pothier, qui enseigne, d'après Dumoulin, (*De Usuris*, quæst. 9), que dans ce cas, la chose doit être payée au lieu où l'action doit être portée, *ubi petitur*, c'est-à-dire au lieu du domicile du débiteur. (N° 549.)

Or, il est incontestable, et c'est ce que Duranton reconnaît (n° 102), que le débiteur doit être assigné devant le tribunal de son domicile actuel ;

Donc, c'est aussi au lieu de son domicile actuel que le payement doit être fait.

Ce sentiment de Pothier a, suivant nous, d'autant plus de poids, que l'article 1247 lui a été emprunté par les rédacteurs du Code.

3° Reste, toutefois, une objection, qui ne manque pas de gravité.

Le débiteur pourra donc, par son fait, aggraver la condition du créancier !

Quelques-uns des partisans, et des meilleurs, de la doctrine que nous défendons, ont répondu que « le créancier aurait droit à une indemnité, si le changement de domicile du débiteur lui avait occasionné des frais de recouvrement ou d'autres dommages, qui n'étaient pas entrés dans les prévisions des parties. » (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 162 ; Larombière, t. III, art. 1247, n° 8.)

Mais, si équitable qu'elle puisse paraître, n'est-ce pas là une concession à la doctrine contraire, et qui pourrait lui donner l'avantage !

Ne serait-il pas plus juridique de répondre que c'est à la prévoyance du créancier qu'il appartient de se garantir contre l'éventualité possible de ces dommages, en exigeant, par le contrat, que le débiteur fasse une élection de domicile dans le lieu de son domicile actuel pour l'exécution de l'obligation, qu'il contracte. (Comp. notre *Traité du domicile*, n° 375.)

Nous croyons, en effet, que, logiquement, il ne serait

possible d'accorder au créancier une indemnité, comme on dit, pour les dommages, que lui causerait le changement de domicile du débiteur, qu'autant que les termes de l'acte et les circonstances du fait autoriseraient les juges à décider que la volonté du créancier a été que le débiteur ne pût pas déplacer, à son préjudice, le lieu où le payement devrait être fait. (Comp. Toullier, t. IV, n° 373; Marcadé, art. 1247, n° 11; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 706.)

271. — Le débiteur a payé au domicile du créancier, un ou plusieurs à-comptes, ou bien un ou plusieurs des termes échus; il les lui a portés.

Et puis, maintenant, il ne veut payer qu'à son domicile, à lui, le restant dû ou les autres termes échus depuis; et il dit au créancier de les venir chercher, s'il veut les avoir.

Est-il fondé?

Nous le croyons.

Les renonciations, en effet, sont de droit étroit; elles ne se présument pas; et il faut les entendre dans un sens plutôt restrictif qu'extensif.

Or, de ce que le débiteur a consenti à payer une partie de la dette au domicile du créancier, il ne nous paraît pas que l'on soit autorisé à induire qu'il a consenti à payer aussi à ce domicile, le restant de sa dette; cette induction n'est nullement nécessaire. (Comp. Bordeaux, 17 juillet 1846, Chambry, Dev., 1846, II, 432.)

Ce qui est vrai, toutefois, c'est que, dans le cas où le créancier viendrait à prétendre que la convention oblige le débiteur à faire le payement à son domicile, et s'il y avait, sur ce point, quelque obscurité dans les termes de l'acte, ce commencement d'exécution, de la part du débiteur, pourrait fournir, contre lui, un puissant moyen d'interprétation. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 36).

272. — Les parties peuvent, bien entendu, convenir d'un lieu de payement autre que le domicile du débiteur.

Leur convention, à cet égard, peut être expresse ou tacite (comp. Paris, 5 mars 1873, Pennequin, Dev., 1873, II, 109; Cass., 8 juin 1875, Barbet, Dev,, 1875, I, 423).

Elle est expresse, lorsque, par une clause *ad hoc*, pour laquelle, d'ailleurs, aucune expression sacramentelle n'est évidemment exigée, elles déclarent que le payement devra être fait dans un certain lieu, qu'elles désignent.

Question de fait et d'interprétation; ce qui peut expliquer la diversité des arrêts, qui ont été rendus sur ce point. (Comp. Cass., 4 mai 1869, Aubin, Dev., 1869, I, 376; Grenoble, 11 févr. 1870, Laigner-Villain, Dev., 1870, II, 204).

Cette clause, qui peut se trouver soit dans la convention primitive, soit dans une convention postérieure, est, dans tous les cas, elle-même conventionnelle; et elle forme, en conséquence, la loi commune des parties.

D'où il résulte que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir son payement dans un autre lieu; pas plus que le créancier ne peut forcer le débiteur de le faire ailleurs que dans le lieu convenu.

En Droit romain, le créancier pouvait, au contraire, demander le payement à son débiteur dans un autre lieu que celui convenu pour le payement; soit, par exemple, au domicile du débiteur; soit au lieu où le contrat avait été fait, lorsqu'il s'y trouvait; en se faisant raison, l'un à l'autre, du dommage, qui pouvait en résulter; tel était l'objet du titre : *de eo quod certo loco dari oportet* (ff. h. tit.).

Mais nous n'avons jamais admis, en France, cette manière d'interpréter la convention (comp. Pothier, n° 238).

273. — C'est pourquoi, lorsqu'il a été convenu que le payement sera fait au domicile ou en la demeure du créancier, celui-ci ne peut pas non plus, en transportant ailleurs son domicile ou sa demeure, changer, au préjudice du débiteur, le lieu de payement qui a été convenu.

Le débiteur sera donc fondé, dans ce cas, à exiger que le créancier fasse une élection de domicile à son ancienne résidence, à l'effet d'y recevoir le payement, ou du moins à se faire indemniser des frais de remise. (Comp. Pothier, n° 549 ; Duranton, t. XII, n° 101 ; Larombière. t. III, art. 1247, n° 7).

274. — Il ne faut pas d'ailleurs confondre l'indication d'un lieu de payement avec l'élection de domicile, que les parties peuvent faire aussi dans un certain lieu pour l'exécution de l'obligation, conformément à l'article 111.

L'indication d'un lieu de payement n'a pour objet que le payement lui-même, l'acte matériel du payement, pourrions-nous dire.

Mais elle n'est pas attributive de juridiction au juge du lieu, qui est convenu pour le payement.

Et quoique le payement, en effet, ne doive être exécuté que dans le lieu indiqué, ce n'en est pas moins toujours devant le juge de son domicile que le débiteur, en cas de retard ou de contestation, doit être assigné par le créancier.

La preuve en résulte de l'article 1258, n° 6, qui, supposant *qu'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement*, suppose, en même temps, qu'*un domicile a été élu pour l'exécution de la convention*.

On ne saurait dire plus clairement qu'autre chose est l'indication d'un lieu de payement ; autre chose, l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'obligation, dans les termes de l'article 111.

Il est vrai que, aux termes de l'article 420 du Code de Procédure :

« Le demandeur peut assigner, à son choix, devant le Tribunal du domicile du défendeur, devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, *et devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait etre effectué.* »

Mais il s'agit des matières commerciales; car l'article 420 est placé dans le Code de Procédure, sous le titre : *De la Procédure devant les Tribunaux de commerce.*

Or, aucun texte semblable n'existe, en ce qui concerne les matières civiles.

C'est donc là une exception, qui ne fait elle-même que confirmer la règle ; exception d'ailleurs, que l'intérêt du commerce, la rapidité et la facilité plus vives, qu'il réclame, justifient complétement (comp. toutefois, Paris, 8 juill. 1836, Robert, Dev., 1836, II, 367 ; Duvergier sur Toullier, t. IV, n° 88, note *a*).

275. — Pareillement, en sens inverse, l'élection de domicile dans un lieu autre que le domicile du débiteur, qui est attributive de juridiction, n'équivaut pas à l'indication d'un lieu de payement.

Et le payement, en effet, ne peut pas y être fait, quoique les significations, demandes et poursuites relatives à l'acte, puissent être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile (art. 111).

C'est ce que nous avons déjà exposé ailleurs. (Comp. notre *Traité de la Publication, des Effets, et de l'application des Lois en général*, etc., *du Domicile*, n° 378).

276. — L'indication d'un lieu de payement autre que le domicile du débiteur peut aussi résulter, avons-nous dit, de la convention tacite des parties.

L'article 1247 en fournit un exemple.

Supposant le cas où le lieu de payement n'est pas désigné par la convention, (ce qui veut dire *désigné expressément*), il ajoute :

« .... Le payement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était au temps de l'obligation, la chose, qui en fait l'objet. »

C'est que, en effet, il est naturel de croire que telle a été tacitement la commune intention des parties.

Pourquoi imposerait-on au débiteur l'obligation de transporter l'objet dans un autre lieu ?

Cette obligation aggravante, il ne l'a pas contractée!

Où le transporter d'ailleurs?

Régulièrement, ce devrait être à son domicile, à lui, débiteur, puisque c'est à ce domicile que, en règle générale, le payement doit être fait.

Mais, très-souvent, ce transport pourrait être tout à la fois onéreux pour le débiteur, et sans intérêt pour le créancier, ou même préjudiciable également pour lui.

Aussi est-ce un droit, pour le créancier lui-même, que le payement soit fait dans le lieu où se trouvait, lors du contrat, le corps certain, qui en est l'objet. Et si le débiteur l'avait déplacé, le créancier pourrait lui demander, à titre de dommages-intérêts, ce que l'enlèvement lui coûterait de plus, par suite de ce déplacement.

Ce qu'il y avait donc de plus raisonnable, en cas pareil, c'était de présumer que les parties sont tacitement convenues que le payement serait fait dans le lieu où se trouvait, au moment du contrat, le corps certain, qui en est l'objet.

277. — Et cela, sans distinguer si c'est dans ce lieu, que la convention a été faite, ou si c'est dans un autre lieu plus ou moins éloigné.

Car la loi ne distingue pas; et elle ne devait pas distinguer.

J'ai mon domicile à Paris; — et c'est à Paris que je vous vends le vin de ma récolte, qui se trouve dans mes caves en Bourgogne, ou le bois que j'ai fait abattre, dans ma forêt en Picardie, et qui est encore sur le sol.

Evidemment, c'est en Bourgogne que le *payement* de ce vin devra être fait; comme en Picardie, le *payement* du bois.

278. — Nous citons à dessein ces exemples.

Ils montrent l'application véritable, que l'article 1247 doit recevoir.

Le corps certain et déterminé, qu'il a en vue, est, en effet, celui qui, d'après sa nature, son volume ou sa pe-

santeur, n'est pas facilement transportable, et qui, en conséquence, d'après la vraisemblable intention des parties, doit rester, *après* la convention, au même lieu où il était *avant*.

« .... Si quidem certum corpus legatum sit.... *ibi præstabitur quò relictum est.* » (L. 47, § 1, ff. de Legat., 1°).

Ce qu'Ulpien disait des legs, est aussi vrai des conventions.

C'est dans l'endroit où il se trouve et où il doit rester, *ubi relictum est*, que le payement de ce corps certain doit être fait, précisément parce qu'il y doit rester, c'est-à-dire parce que, après la convention, le débiteur ne doit pas le déplacer et l'emporter ailleurs avec lui.

Mais supposez ceci :

Paul, qui est domicilié à Bayeux, se trouvant aujourd'hui à Caen, y vend à Pierre sa montre, livrable dans huit jours; ou bien il lui vend, livrable dans le même délai, le cheval et la voiture, qui l'ont amené de Bayeux, et qui doivent, au su de l'acquéreur, l'y reconduire.

En quel lieu le payement de la montre, ou du cheval et de la voiture devra-t-il être fait?

A Caen, où ils se trouvaient au moment du contrat ?

Certainement non !

Mais bien à Bayeux, lieu du domicile du débiteur, suivant le droit commun.

Pourquoi ?

Parce que la disposition de l'article 1247 n'est fondée que sur l'interprétation vraisemblable de la volonté commune des parties; qu'elle n'a rien, par conséquent, d'impératif; et qu'il appartient, dès lors, aux juges de la modifier, quand les faits démontrent que telle n'a pas été, au contraire, la volonté des parties.

Or, qui pourrait prétendre que la volonté des parties a été que Paul reviendrait à Caen pour livrer sa montre ou son cheval et sa voiture à Pierre, qui peut-être lui-même

n'y demeure pas! (comp. Pothier, n° 548; Colmet de Santerre, t. V, n° 186 *bis*.)

279. — Les exemples, que nous venons de fournir, démontrent aussi que l'article 1247 n'est applicable qu'au payement des objets mobiliers.

Le preuve en résulte des termes mêmes que le texte emploie :

« Le payement, dit il, lorsqu'il s'agit *d'un corps certain et déterminé*, doit être fait dans le lieu *où était*, au temps de l'obligation, la chose, qui en fait l'objet.

Où il était au temps de l'obligation; ce qui implique qu'il peut ne plus y être, *au temps du payement*, et que par conséquent, il est mobile et transportable d'un lieu à un autre (comp. aussi art. 1609 et 1651).

Si donc Paul, domicilié à Paris et propriétaire d'un immeuble situé à Blois, a vendu cet immeuble à Pierre, qui est domicilié à Versailles, c'est à Versailles, au domicile de Pierre, l'acheteur, le débiteur, que le payement du prix devra être fait;

Quel que soit d'ailleurs le lieu où le contrat de vente aura été fait, à Paris, à Blois ou à Versailles.

C'est que, en effet, il n'y a pas, lorsqu'il s'agit d'immeubles, les mêmes motifs, que lorsqu'il s'agit de meubles, pour présumer que l'intention des parties a été que le payement eût lieu à la même époque, et par conséquent au même lieu que la délivrance.

En général, au contraire, ces deux obligations du vendeur et de l'acheteur, dans les ventes d'immeubles, ne s'accomplissent pas en même temps ni par un seul et même acte (comp. Toullier, t. IV, n° 92).

280. — L'article 1609 fait au contrat de vente, l'application de notre article 1247 :

« La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu. »

La délivrance, en effet, c'est l'exécution de l'obligation,

dont le vendeur est le *débiteur;* c'est *le payement,* dont il est tenu envers l'acheteur, qui est *le créancier.*

Les termes de l'article 1609 sont, comme on voit, généraux; ils n'exceptent que le cas d'une convention contraire.

Par conséquent, la disposition de cet article est applicable dans tous les cas, sans qu'il y ait à distinguer si le prix a été payé avant la délivrance; — s'il doit être payé au moment où la délivrance sera faite; — ou si le vendeur a accordé un terme à l'acheteur.

281. — Mais, au contraire, il faut faire une distinction importante, lorsqu'il s'agit de savoir en quel lieu doit être exécutée l'obligation de l'acheteur de payer le prix.

L'article 1651 est ainsi conçu :

« S'il n'a rien été réglé à cet égard, lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance. »

De deux choses, l'une :

Ou le prix doit être payé comptant;

Ou le vendeur a fait terme à l'acheteur.

Dans le premier cas, le payement du prix doit être fait au lieu où doit se faire la délivrance de la chose.

Rien de plus logique et de plus conforme à la vraisemblable intention des parties.

De cela même, en effet, que chacune des parties doit exécuter, en même temps, son obligation, il résulte évidemment que chacune d'elles doit l'exécuter au même lieu.

De même que le vendeur a le droit de ne consentir à la délivrance de la chose qu'autant que l'acheteur *paye* le prix; de même l'acheteur a le droit de ne consentir au payement du prix, qu'autant que le vendeur *paye* la délivrance (art. 1582, 1654, 1184).

C'est-à-dire que la délivrance et le payement du prix, par cette simultaneité, se confondent dans un seul et

même acte, qui doit dès lors être fait dans un seul et même lieu.

Mais ces motifs même démontrent qu'il n'en est plus ainsi dans le second cas, lorsque le vendeur a accordé un terme à l'acheteur; la délivrance de la chose par l'un, et le payement du prix par l'autre, forment alors deux actes distincts; et nous rentrons ainsi dans la règle générale, d'après laquelle le payement doit être fait au domicile du débiteur.

Le payement du prix doit donc être fait, dans ce second cas, au domicile de l'acheteur.

C'est ce qui résulte virtuellement de ces mots de l'article 1651 : « *s'il n'a rien été réglé à cet égard, lors de la vente....* »

Or, on peut dire que le lieu du payement a été réglé par le fait même de la concession d'un terme à l'acheteur (comp. Cass., 4 juin 1813, Sirey, 1813, I, 453; Toullier, t. IV, n° 99; Duranton, t. XII, n° 98; Larombière, t. III, art. 1247, n° 9).

282. — Mais, bien entendu, la solution, qui précède, en ce qui concerne le lieu où la chose vendue doit être livrée (n° 280), n'est applicable que dans le cas, en effet, où la vente a pour objet un corps certain et déterminé.

Tels sont les termes même de la loi (art. 1247, 1264, 1609).

Il ne faut donc pas l'appliquer dans le cas, au contraire, où la vente a pour objet des choses indéterminées.

C'est la règle générale qui reprend alors son empire.

Et l'acheteur, qui est *débiteur* de cette délivrance, ne peut l'offrir et ne peut être contraint de la faire qu'au lieu de son domicile (art. 1247).

283. — Nous avons appliqué au contrat de vente, le principe, que nous exposons en ce moment.

Mais il ne faudrait pas le généraliser d'une manière absolue, ni l'appliquer indistinctement à tous les contrats.

La question de savoir en quel lieu doit être fait le payement d'une obligation conventionnelle, est, en effet, avant tout, une question d'interprétation de volonté.

Et, par conséquent, l'application de notre principe devrait être modifiée, dans le cas où il serait établi que les parties ont manifesté, expressément ou tacitement, une volonté contraire.

C'est ce que nous reconnaîtrons plus tard, en exposant les principes particuliers des différents contrats, que notre Code a réglementés.

Nous voulons, toutefois, en citer, dès à présent, deux exemples, pour la plus grande clarté de cette démonstration ; et nous les emprunterons au contrat de prêt et au contrat de dépôt.

284. — En quel lieu l'emprunteur doit-il faire au prêteur la restitution, *le payement* des choses, qui lui ont été prêtées?

Supposons un prêt de consommation.

Si le prêt consiste en argent, le droit commun est applicable ; et c'est au domicile de l'emprunteur, du *débiteur*, que le payement doit être fait, conformément à l'article 1247.

Cela est certain, si le prêt a été fait avec intérêts.

S'il a été fait sans intérêts, nous pensons que le payement doit être fait au lieu où l'argent a été prêté, par application de la doctrine qui nous paraît devoir être admise, et d'après laquelle le payement, ou la restitution de la chose prêtée à usage, doit être fait au lieu où elle a été prêtée; le créancier rend, alors, en effet, au débiteur un service purement gratuit; et il n'y a rien d'excessif à présumer qu'il a entendu que, du moins, ce service ne devînt pas pour lui une cause de perte (comp. Duranton, t. XII, n° 98; Troplong, *Du Prêt*, n° 280; Larombière, t. III, art. 1247, n° 10).

285. — Mais, si le prêt consiste en denrées ou autres choses fongibles, notre avis est que la restitution doit

en être faite dans le lieu où l'emprunt a été fait; et le lieu où l'emprunt a été fait, est celui où étaient les choses, lorsqu'elles ont été livrées à l'emprunteur :

1° Voilà ce qui nous paraît résulter des textes de la loi, qui déterminent *les engagements de l'emprunteur*.

Aux termes de l'article 1902 :

« L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu. »

Et l'article 1903 ajoute :

« S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur, eu égard au temps et *au lieu* où la chose devait être rendue d'après la convention.

« Si ce temps et *ce lieu* n'ont pas été réglés, le payement sera fait au prix du temps et *du lieu où l'emprunt a été fait.* »

Or, décider que le payement sera fait au prix du lieu où l'emprunt a été fait, c'est décider que le payement sera fait dans ce lieu même.

2° Cette interprétation, qui ressort du texte, doit d'autant plus être admise, qu'elle est conforme aux traditions de l'ancien droit, en même temps qu'aux principes et à l'équité.

Pothier est, à cet égard, très-explicite :

« Lorsque le prêt n'est pas d'une somme d'argent, dit-il, mais d'une certaine quantité d'autres choses fongibles indéterminées, comme d'un tonneau de vin, de cent livres de beurre, etc. quoique, ordinairement, les dettes d'une certaine quantité de choses fongibles indéterminées soient, de même que les dettes de sommes d'argent, payables au domicile du débiteur, néanmoins je pense que ces dettes d'une certaine quantité de choses fongibles, lorsqu'elles naissent d'un prêt, doivent être payées au lieu où s'est fait le prêt, plutôt qu'au domicile du débiteur. » (*Du prêt de Consommation*, n° 46).

Et la raison, qu'il en donne, est logique et équitable.

La valeur de ces choses, en effet, étant presque tou-

jours différente dans les différents lieux, tantôt plus grande, tantôt moindre dans l'un que dans l'autre, qu'arriverait-il, si le payement était fait par l'emprunteur, dans un lieu autre que celui où le prêt a été fait?

C'est qu'il restituerait tantôt plus, tantôt moins, qu'il n'aurait reçu, suivant que la valeur des choses empruntées serait plus ou moins grande dans le lieu de la restitution que dans le lieu de l'emprunt.

Or, l'une et l'autre de ces alternatives est également inadmissible; elles renferment, toutes les deux, une manifeste injustice : la première, envers l'emprunteur; la seconde, envers le prêteur.

Il n'y a donc qu'un parti à prendre, pour arriver à ce résultat, le seul équitable, de ne faire rendre par l'emprunteur que ce qu'il a reçu, ni plus, ni moins; c'est de décider que la restitution des choses, qu'il ne peut pas rendre en nature, sera faite par lui au prix du lieu où l'emprunt a été fait (comp. Troplong, *Du Prêt*, n°s 275 et suiv.; Duranton, t. XII, n° 98, et t. XVII, n° 586; Larombière, t. III, art. 1248, n° 14.)

286. — Le contrat de dépôt nous offre aussi l'exemple d'une dérogation au principe général, que l'article 1247 a posé.

En effet, aux termes de l'article 1943 :

« Si le contrat de dépôt ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt. »

Non point donc dans le lieu du domicile du dépositaire, qui en est le débiteur;

Point davantage dans le lieu où la chose déposée se trouvait, lorsqu'elle a été remise par le déposant au dépositaire; « .... *ubi depositum est nihil interest....* » (L. 12, § I, ff. *Depositi*);

Mais dans le lieu où elle se trouve, lorsque la restitution doit en être faite; lors même que le dépositaire l'aurait transportée dans un autre lieu, s'il l'a fait sans mauvaise foi... *sine dolo.*

Le dépositaire, par exemple, *a délogé,* comme disait Pothier, depuis qu'il a reçu la chose en dépôt; et il l'a transportée dans sa nouvelle demeure.

Eh bien! c'est là qu'il devra en faire la restitution. (Pothier, *du Contrat de Dépôt,* n° 57.)

Voilà certainement le sens de ces mots de notre article: *dans le lieu du dépôt,* tel qu'il a été consacré par le Droit romain et par notre ancien Droit français.

La raison en est encore très-simple.

C'est que le dépôt est un contrat de bienfaisance de la part du dépositaire, et qu'il ne doit pas lui devenir onéreux: *officium suum nemini debet esse damnosum.* (Comp. Troplong, *du Dépôt,* n° 168; Duranton, t. XVIII, n° 67; Larombière, t. III, art. 1247, n° 9.)

287. — Nous avons vu, dans les explications qui précèdent, que le législateur s'occupe à la fois *du temps* et *du lieu*, où le payement doit être fait. (comp. art. 1651, 1902).

C'est que le *temps* n'est pas moins important à déterminer que le lieu, surtout lorsque le payement a pour objet des choses indéterminées, qui subissent les variations de la hausse et de la baisse, non moins par la différence des temps, que par la différence des lieux.

Mais nous n'avons plus à examiner ce qui concerne le temps où le payement doit être fait; il suffit de nous référer aux explications que nous avons fournies *sur les obligations à terme.* (Comp. le tome II de ce *Traité,* n°s 568 et suiv.).

288. — II. Reste à savoir aux frais de qui le payement doit être fait.

L'article 1248 répond en ces termes:

« Les frais du payement sont à la charge du débiteur. »

Les frais du payement consistent:

1° Dans ceux qui sont relatifs à la délivrance de la chose due, c'est-à-dire au fait même du payement;

2° Dans ceux qui sont relatifs à la quittance, c'est-à-

dire à l'acte qui doit constater le payement et en conserver la preuve.

Or, il est évident en effet, que ces frais doivent être supportés par le débiteur.

La délivrance ?

C'est lui qui la doit ! et quand il l'accomplit, il ne fait que payer sa dette. (art. 1136).

La quittance ?

Elle est dans son intérêt; c'est son titre ; et il est tout simple qu'il en paye les frais.

289. — 1° Aux termes de l'article 1608 :

« Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur ; et ceux de l'enlèvement, à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire. »

Quoi que ce texte se trouve dans le Titre *de la Vente*, il est évidemment applicable à tous les contrats commutatifs, dont la vente forme, en effet, le type général.

Il n'y a d'ailleurs aucun motif pour le restreindre au contrat de vente.

L'article 1608 règle, en effet, d'une manière conforme aux principes généraux, le partage des frais entre les deux contractants considérés, chacun de son côté, comme débiteur et comme créancier.

290. — Le vendeur, débiteur de la délivrance, doit donc prendre à sa charge les frais accessoires, qui sont à faire pour que la délivrance soit accomplie : le mesurage, le comptage, le pesage, etc., eu égard à ce qui forme l'objet de l'obligation ;

Et aussi l'envoi des fonds, ou le transport de la chose dans le lieu autre que celui de son domicile, qui aurait été convenu pour le payement. Puisque c'est dans ce lieu, en effet, qu'il doit délivrer la chose, il faut bien qu'il l'y transporte à ses frais, afin de pouvoir y remplir son obligation.

291. — Mais aussi, une fois que la chose a été délivrée et mise par le débiteur au pouvoir du créancier,

c'est à celui-ci de l'enlever, et de la transporter, s'il le veut, dans le lieu où il lui convient de l'avoir; cela maintenant le regarde!

Tous les frais nécessaires à cette fin sont donc à sa charge: frais de caisse, d'emballage, de ballot, de sacs, d'expédition, etc. (art. 1608; comp. Pothier, *De la Vente*, n° 44; Troplong, *De la Vente*, n° 288).

292. — Les dispositions relatives *à la passe de sacs* ne dérogent pas à cette règle.

Il est vrai que, aux termes de l'article 2 du décret du 1er juillet 1809, dans les payements en pièces d'argent de sommes de cinq cents francs et au-dessus, le débiteur est tenu de fournir les sacs et la ficelle.

Mais les articles 1 et 3 disposent que ce n'est, de sa part, qu'une avance, dont il doit être remboursé par le créancier :

« La valeur des sacs, porte l'article 3, sera payée par celui qui reçoit, ou la retenue exercée par celui qui paye, sur le pied de quinze centimes par sac. » (Un décret du 19 novembre 1852 a réduit à dix centimes le prix du sac).

293. — Pothier pensait que « celui qui a vendu du vin, doit payer au Bureau des Aides le congé nécessaire pour le livrer. » (n° 551).

Mais cette doctrine n'a pas été admise dans le Droit nouveau.

Et l'on s'accorde à décider, au contraire, que ces sortes de frais, droit de transit ou de circulation, d'octroi, d'entrée, etc., doivent être supportés, non point par le vendeur, qui est le *débiteur* de la délivrance de la chose, mais bien par l'acheteur, qui en est le *créancier*.

Ces droits, en effet, qui grèvent la chose, dans son mouvement et dans sa circulation, font partie des frais d'enlèvement, puisqu'ils y sont indispensables.

Ils ont d'ailleurs le caractère d'impôts de consommation; et ils doivent, en conséquence, atteindre le consommateur, c'est-à-dire l'acheteur, le créancier.

C'est là enfin une sorte de droit de mutation ; et à ce titre encore, il doit être supporté par la partie, au profit de laquelle la mutation s'opère, puisqu'il en est la garantie (comp. Loi du 5 vendémiaire an XII, art. 59 et 60; Toullier, t. IV, n° 96; Duranton, t. XII, n° 106; Troplong, *De la Vente*, n° 289; Larombière, t. III, art. 1248, n° 2).

294. — C'est par le même motif que le créancier, l'acheteur (dans notre exemple), doit supporter les frais relatifs aux taxes ou perceptions fiscales, auxquelles la loi soumet la convention, d'où résulte son droit.

Telle est, en effet, la disposition de l'article 1593 :

« Les frais d'actes et autres, accessoires à la vente, sont à la charge de l'acheteur. »

Ces frais sont dans l'intérêt de l'acheteur; le titre, que l'on va dresser, a pour but de constater son acquisition et d'en conserver la preuve.

Or, c'est une règle de droit et de raison, que c'est à celui, qui veut se procurer un titre dans son intérêt, que doit incomber la charge des frais qui sont nécessaires pour l'obtenir : honoraires du notaire; frais de papier timbré; d'enregistrement; de transcription, ou autres de ce genre. (Comp. Loi du 3 septembre 1807, art. 2; et le Tome II de ce *Traité*, n° 616).

295. — 2° C'est aussi ce qui explique comment les frais de la quittance sont à la charge du débiteur.

C'est que la quittance est son titre et forme la preuve de sa libération.

Elle est faite dans son intérêt.

Donc, c'est à lui d'en payer le coût.

C'est donc lui, en effet, qui devra payer soit le prix de la feuille de papier timbré, si la quittance est faite par acte sous-seing privé, soit les frais de l'acte notarié, si elle est faite devant notaire.

296. — Voici un débiteur, qui ne demande pas mieux que de se contenter d'une quittance sous seing-privé.

Mais le créancier ne sait ni écrire, ni signer.

Il faut donc aller chez le notaire.

A qui la faute? s'écrie le débiteur.

C'est uniquement au créancier.

Donc, c'est lui qui doit payer les frais de cette quittance notariée, que son ignorance a rendue nécessaire.

Mais l'article 1248 est absolu; il ne fait aucune distinction; et nous croyons, malgré les scrupules de Toullier (T. IV, n° 95), qu'il n'en devait pas faire.

Par conséquent, ce sera, même dans ce cas, le débiteur qui devra payer les frais de la quittance. (Comp. Larombière, T. III, art. 1248, n° 1).

297. — C'est précisément parce que la disposition de l'article 1248 est générale, qu'il faut reconnaître qu'elle est applicable, toutes les fois, en effet, qu'il y a un payement qui donne lieu à une quittance, non-seulement en matière de vente volontaire, mais encore en matière d'adjudication sur saisie-immobilière.

Aussi est-ce justement, à notre avis, que la Cour de Besançon a décidé que le coût des quittances que doivent fournir les créanciers colloqués, en recevant le montant de leur collocation, est à la charge de l'adjudicataire, tout aussi bien que le coût de la quittance, que doit fournir la partie saisie, en touchant la portion du prix, qui peut rester libre, après le payement des créances inscrites. (17 déc. 1852, Grimaldi, Dev. 1854, II, 110.)

298. — Il est bien entendu que les parties peuvent déroger à la règle de l'article 1248.

Elles sont libres de mettre à la charge du créancier les frais, qui régulièrement doivent être supportés par le débiteur; comme, en sens inverse, de mettre à la charge du débiteur les frais qui doivent régulièrement être supportés par le créancier.

Une telle convention qui n'a rien de contraire à l'ordre public, devrait donc faire leur loi commune (art. 6, 1134).

299. — Le législateur a même présumé une convention tacite de ce genre, en matière de dépôt.

En effet, aux termes de l'article 1942 :

« Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée. *S'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant.* »

Nous avons décidé que, en règle générale, les frais de transport doivent être supportés par le débiteur, lorsqu'il s'est obligé à délivrer la chose au créancier dans un certain lieu, et que c'est lui, en effet, dans ce cas, qui doit l'y transporter à ses frais. (*supra,* n° 290.)

S'il en est différemment en matière de dépôt, c'est par une exception qu'il est facile de comprendre et dont nous avons déjà fourni le motif ; c'est que le dépôt, qui est un contrat de bienfaisance, ne doit pas devenir une cause de perte pour le dépositaire (*supra,* n° 286).

§ II.

DU PAYEMENT AVEC SUBROGATION.

SOMMAIRE.

300. — Exposition.
301. — Historique.
302. — Suite.
303. — Suite.
304. — Division.

300. — Nous abordons l'une des matières les plus importantes du Droit civil, et peut-être l'une des plus ardues.... *difficilis et intricata*, disait Chassanée, sur la coutume de Bourgogne. (Tit. *Droits appartenant à gens mariés*, Rub. 4, § II.)

Renusson la déclarait aussi *très-épineuse ;* et il ajoutait que les questions, qu'elle soulève, *font de la peine aux avocats, qui les traitent.* (*De la Subrogation*, chap. I, n° 15.)

Nous voudrions pouvoir dire que les obscurités, qui

l'entouraient il y a trois siècles, ont aujourd'hui disparu.

Malheureusement, il n'en est pas encore tout à fait ainsi !

301. — Le payement avec subrogation est d'origine romaine.

On en trouve l'idée première :

Soit dans le bénéfice *cedendarum actionum*, par lequel le fidéjusseur, qui payait le créancier, succédait à ses droits contre le débiteur principal et contre ses co-fidéjusseurs (L. 17, ff. *De fidejussoribus*) ;

Soit dans le droit accordé au débiteur, qui empruntait des fonds destinés à l'acquittement de sa dette, de conserver les hypothèques, qui garantissaient l'ancienne créance, pour les attacher, dans le même rang, *ut ordo servetur*, à la créance nouvelle née de cet emprunt. (L. 12, § 2 et 8, ff. *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur; et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.*)

Pothier, toutefois, a pu dire que :

« Les principes de notre Droit français sont, à cet égard, différents de ceux du Droit romain. » (Introduct. au tit. XX de la cout. d'Orléans, § 4, n° 80.)

Ce n'était effectivement encore qu'une *ébauche*, ainsi que Renusson le dit, dans son *Discours* d'introduction.

Combien, par exemple, était imparfaite, la subrogation, consentie par le débiteur, (que les jurisconsultes romains, en effet, distinguaient de la subrogation consentie par le créancier), puisqu'elle ne pouvait comprendre les hypothèques attachées à l'ancienne dette, qu'autant que le débiteur était encore propriétaire des choses qui en étaient grevées, au moment où il contractait la dette nouvelle ! (L. 2, ff. *De pignerat. act.*)

Cette matière, d'ailleurs, n'a pas été, de leur part, l'objet d'une étude méthodique.

Et la vérité est qu'il n'y avait pas, en Droit romain,

d'institution précisément analogue à celle qui existe, chez nous, sous ce nom.

Le mot *subrogare* n'a pas été le leur ; ils disaient : *succedere...; de his qui in priorum creditorum locum succedunt.*

C'est au Droit canonique, que le Droit civil paraît avoir emprunté le mot : *subrogation,* dans l'acception technique, qui lui est aujourd'hui donnée.

302. — C'est surtout dans notre ancien Droit français, vers le seizième siècle, que la théorie du payement avec subrogation commença à recevoir une organisation scientifique.

Mais son avénement fût laborieux.

Les plus illustres, parmi les jurisconsultes de ce grand âge de notre jurisprudence, Dumoulin, Renusson, Loyseau, Pothier, s'y engagèrent.

Et les résistances qu'elle souleva, ouvrirent le champ de ces controverses animées, dont l'écho se prolonge, pour ainsi dire, encore dans nos livres; car nous allons retrouver toujours en présence, les principaux systèmes, qui étaient agités autrefois.

Nous aurons aussi plus d'une fois à invoquer un monument considérable dans l'histoire de la subrogation, à savoir : la déclaration de Henri IV du mois de mai 1609, qui fut complétée par le règlement de la Cour de 1690, que l'on s'habitua à désigner sous le nom d'*Arrêté des subrogations*. Ces deux actes législatifs posèrent, en effet, la vraie base de cette théorie, en brisant le cercle étroit dans lequel la doctrine romaine avait renfermé la subrogation consentie par le débiteur au profit du prêteur, qui lui fournit les fonds pour payer son créancier (comp. *supra*, n° 301).

303. — Les rédacteurs de notre Code n'ont consacré que quatre articles *au payement avec subrogation.*

C'est bien peu ! pour une matière si compliquée, et d'une telle importance doctrinale et pratique.

C'est bien peu, même en y ajoutant les quelques articles, dans lesquels ils s'y réfèrent plus ou moins incidemment (comp. art. 874, 875, 2029, 2037.)

Quant aux travaux préparatoires, ils ne fournissent eux-mêmes que des documents très-incomplets; et il est permis de croire que la théorie de la subrogation n'a pas joué, dans les discussions du Conseil d'État, le rôle, qui semblait lui appartenir.

304. — Voici les trois points principaux, que nous entreprendrons d'examiner :

I. — Ce que c'est que la subrogation; — et quels en sont les caractères généraux;

II. — Dans quels cas elle peut avoir lieu;

III. — Quels en sont les effets.

I.

CE QUE C'EST QUE LA SUBROGATION; — ET QUELS EN SONT LES CARACTÈRES GRNÉRAUX.

SOMMAIRE.

305. — Définition de la subrogation. — La subrogation est réelle ou personnelle.
306. — De la subrogation réelle.
307. — De la subrogation personnelle.
308. — Suite.
309. — En quoi consiste la subrogation dans son sens technique? Et quel en est le caractère général?
310. — Étude de l'origine de la subrogation, comme moyen de découvrir sa raison d'être et son caractère.
311. — Suite.
312. — Suite.
313. — Suite.
314. — Suite.
315. — Suite.
316. — Quatre systèmes principaux ont été présentés pour expliquer juridiquement le caractère de la subrogation.
317. — I — D'après le premier système, la subrogation n'est, en réalité, sous un nom différent, qu'un transport-cession.
318. — Suite.
319. — II — D'après le second système, la subrogation se borne à transmettre à la nouvelle créance les garanties accessoires de l'ancienne créance qui se trouve éteinte par le payement.

305. — Le mot : *subrogation*, dans son acception générale, exprime l'idée du remplacement d'une chose par une autre chose, ou d'une personne par une autre personne.

La subrogation est, en effet, de deux sortes : l'une, réelle ; l'autre, personnelle.

306. — Il y a subrogation réelle, quand une chose, dit Renusson, est subrogée à une autre chose, c'est-à-dire quand une chose prend la place de l'autre, et est réputée de même nature et qualité, pour appartenir aux

mêmes personnes, auxquelles celle-là appartenait (chap. I, n° 1.)

L'effet de cette subrogation est résumé dans la maxime : *Subrogatum sapit naturam subrogati.*

Nous en avons déjà rencontré des exemples dans le titre *de l'Absence* (art. 132) ; dans le titre *des Successions* (art. 747 et 766); dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments* (art. 1066, 1067, 1069; comp. notre *Traité de l'Absence*, n° 174; notre *Traité des Successions*, t. I, n° 541 ; et t. II, n° 151 ; notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 506.)

Et nous en trouverons encore des applications notables dans le titre du *Contrat de Mariage* (art. 1407, 1433, 1434, 1552 et 1559.)

Mais tel n'est pas ici l'objet de notre étude.

307. — Il y a subrogation personnelle, quand une personne, dit encore Renusson, est subrogée à une autre personne, quand l'une succède et entre au lieu et place de l'autre, pour exercer ses droits et actions, c'est-à-dire ses droits personnels, hypothécaires et privilégiés (*loc. supra cit.*).

Ainsi définie, dans son acception la plus étendue, la subrogation comprend, en effet, tous les cas où une personne succède à une autre, et se trouve substituée, dans ses droits et actions, avec pouvoir de les exercer dans son intérêt personnel.

C'est ainsi que l'héritier, ou le successeur universel, est *subrogé* au défunt, en remplacement duquel il succède : *nihil aliud est hæreditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.* (L. 24, ff. *De verb. signif.*)

Pareillement, le successeur particulier est *subrogé* aux droits et actions de son auteur, en remplacement duquel il succède à la chose, qui lui est transmise; tel l'acheteur, le cessionnaire, ou le créancier, qui a exercé un droit de son débiteur, en vertu de l'article 1166 (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 134).

Mais ce n'est pas non plus de cette subrogation personnelle, que nous avons à nous occuper.

308. — La subrogation personnelle, dont nous devons exposer les règles, est celle qui a lieu au profit du tiers, qui a prêté au débiteur les deniers destinés à payer son créancier, et que le débiteur a employés à ce payement, ou qui a payé lui-même le créancier avec ses propres deniers.

C'est la subrogation dans son acception technique, celle que l'on désigne par ce seul mot : la *subrogation*, ou encore et plus exactement, par ceux-ci : *le payement avec subrogation.*

309. — En quoi consiste cette opération?

Et quel en est le caractère général ?

Cette prémisse est importante, non pas seulement, comme on l'a dit (Dev., 1861, I, 586) pour l'École, au point de vue théorique (qui ne saurait être d'ailleurs jamais indifférent !), mais aussi pour le Palais, au point de vue de l'application.

On va bientôt reconnaître, en effet, que les conséquences pratiques pourront être très-différentes, suivant que l'on adoptera l'un ou l'autre des systèmes, qui sont encore en conflit.

Il est donc nécessaire de faire entre eux un bon choix, afin d'asseoir sur sa vraie base la théorie du payement avec subrogation.

Pour atteindre ce but, nous croyons qu'il faut d'abord poser quelques principes élémentaires du Droit civil, qui en nous faisant, pour ainsi dire, assister à la naissance de la subrogation, nous révèleront, en même temps que son origine, sa raison d'être et son caractère.

310. — Aux termes de l'article 1234, le payement est un mode d'extinction des obligations, le mode même, avons-nous dit, le plus naturel et le plus topique!

Le payement donc éteint la dette.

Et en même temps que la dette, il éteint nécessaire-

ment aussi tous ses accessoires, c'est-à-dire toutes les sûretés, qui étaient destinées à en garantir le recouvrement : — et le cautionnement (art. 2034) ; — et le privilége; — et l'hypothèque (art. 2180); — et toutes les autres.

Plus de principal, en effet, plus d'accessoires ! (art. 2071, 2114.)

311. — Cet effet extinctif du payement est absolu.

Soit qu'il ait été fait par le débiteur avec ses propres deniers, ou avec des deniers empruntés à un tiers pour s'acquitter envers son créancier ;

Soit qu'il ait été fait par un autre, par un codébiteur, par une caution, par un mandataire, ou par un gérant d'affaires ;

Dans tous les cas, le payement éteint la dette et ses accessoires.

Dette payée, dette éteinte !

N'importe avec quels deniers ;

N'importe par qui.

« *Nec tamen interest quis solvat*, dit Justinien, *utrum ipse qui debet, an alius pro eo ; liberatur enim et alio solvente....* » (Inst. lib. III, Tit. XIX. *Quibus modis obligatio tollitur*, princ.)

Voilà le principe du Droit civil, dans sa pureté primitive.

312. — On se récrie pourtant.

Comment ! vous ne faites pas de différence entre ces hypothèses ?

Est-ce qu'il est possible que l'effet du payement soit le même, lorsque le débiteur le fait avec ses propres deniers, ou lorsqu'il le fait avec des deniers empruntés à un tiers, et bien mieux encore, lorsque c'est un tiers qui le fait pour lui ?

Non ! nous n'y faisons pas de différence, quant à l'effet du payement lui-même, à son effet, disons-nous, nécessairement extinctif.

Dans tous ces cas donc, la dette payée est éteinte; et avec elle, sont éteints tous ses accessoires.

Oh! sans doute, il y a une différence, et des plus considérables, entre le cas où le débiteur paye sa dette avec ses propres deniers, et le cas où il la paye avec des deniers empruntés à un tiers à cet effet, et le cas aussi où c'est un tiers qui la paie pour lui.

Lorsque c'est le débiteur lui-même, qui paie sa dette avec ses propres deniers, tout est fini; et le payement ne laisse plus rien subsister.

Tandis qu'il en est autrement, lorsque le débiteur paie sa dette avec des deniers empruntés à un tiers, ou lorsque c'est un tiers, qui paie la dette pour lui.

Dans ce dernier cas, en effet, une dette nouvelle surgit à la place de l'ancienne dette; dette nouvelle, disons-nous, tout à fait distincte de la dette originaire, et qui a pour cause: — l'emprunt; — ou la solidarité; — ou le cautionnement; — ou le mandat; — ou la gestion d'affaires; suivant que le payement a été fait: par le débiteur avec des deniers empruntés; — par un codébiteur; — par une caution; — par un mandataire; — ou par un simple gérant d'affaires.

Voilà où est la différence!

Elle n'est pas dans l'effet extinctif du payement.

Elle est dans la naissance de cette dette nouvelle, dont le payement, qui a éteint la dette ancienne, devient ainsi lui-même la cause!

Et dès lors, il est évident que cette dette nouvelle naît pure et simple, et qu'elle n'est garantie par aucune des sûretés accessoires, caution, priviléges, hypothèques ou autres, qui garantissaient l'ancienne dette, et qui se sont éteints avec elle dans le payement.

C'est la conséquence, que Justinien en déduisait aussi: « *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium* » (Inst. lib. III, Tit. XX, *de Fidejussoribus* § 6.)

Telle est, disons-nous, la conclusion à laquelle nous conduit fatalement la logique rigoureuse des principes du Droit civil.

315. — Cette conclusion laisse toutefois, il faut en convenir, beaucoup à désirer, au point de vue de l'utilité pratique.

Elle est, d'abord, très-peu encourageante pour ceux qui seraient disposés soit à prêter leurs deniers au débiteur pour lui fournir le moyen d'éteindre une dette onéreuse ou de se débarrasser d'un créancier menaçant; soit à en faire eux-mêmes l'avance dans son intérêt; soit à consentir, avec lui ou pour lui, une obligation solidaire ou un cautionnement!

Que leur réserve-t-elle, en effet, comme emploi de leurs deniers ou pour prix de leur bon office?

Une créance purement personnelle, qui, après qu'ils auront éteint les causes de préférence du créancier payé par eux, les laissera confondus dans la masse des créanciers chirographaires, exposés à ne pouvoir point recouvrer leur avance!

Par suite, cela est aussi d'une dureté extrême pour le débiteur qui, à de telles conditions, ne pourra que très-difficilement trouver des bailleurs de fonds, pour se dégager des liens d'une dette oppressive peut-être, et qu'il voudrait remplacer par une dette moins lourde!

Un tel régime favorise donc très-peu le crédit privé; et il est, en même temps, un obstacle au développement du crédit public, dont le crédit privé est l'une des bases principales.

Ces inconvénients-là sont graves, sans doute!

Et c'est afin d'y remédier, que l'on a imaginé, que l'on a inventé la subrogation.

Ou plutôt peut-être c'est de ces inconvénients qu'est issue, pour ainsi dire, d'elle-même, la subrogation, par l'usage et par la pratique, dont les instincts sont, en général, très-sûrs pour trouver le moyen de lever les

obstacles, qui entravent la liberté de ses mouvements.

Et voilà comment on a entrepris de faire succéder, de subroger aux droits et aux actions de l'ancien créancier, le créancier nouveau dont les fonds servent à le payer ; de l'y subroger, disons-nous, pour lui assurer, d'une manière efficace, le recouvrement de l'avance, qu'il va faire.

314. — Cet exposé prouve assez que la subrogation est contraire aux principes purs du droit civil.

Et c'est là vraisemblablement ce qui explique l'accueil peu empressé, qui fut fait d'abord par les civilistes à cette institution, qui venait s'établir en dehors des règles de la science, et les objections sans cesse renaissantes, par lesquelles ils l'arrêtaient, à chaque effort qu'elle faisait pour s'étendre et se compléter. (Comp. Renusson, chap. I, nos 11 et 12.)

Voilà aussi, croyons-nous, l'explication de ces systèmes divers, qui se sont, dès l'origine, agités sur cette matière, et entre lesquels le combat n'a pas même encore cessé !

Comment s'étonner, en effet, que les jurisconsultes, dont c'est la mission de représenter les principes scientifiques du droit, se soient difficilement résignés à en faire l'abandon, pour se voir dominés presque exclusivement par des considérations d'utilité pratique et d'équité ?

Leurs scrupules étaient assurément juridiques !

Et si quelque chose nous surprend, c'est que Loyseau, un civiliste lui aussi, et des meilleurs ! ait cru devoir les blâmer, et qu'il ait traité de *formalistes* et de *praticiens*, ceux de ses contemporains, qui protestaient contre l'avénement de la subrogation. (*Des offices*, liv. III, ch. VIII.)

Mais, vraiment, c'est tout le contraire !

Et l'établissement de la subrogation fut un succès de la pratique contre la théorie, un succès de la fiction contre la vérité !

315. — Telle est, en effet, la subrogation.

Ce n'est pas la vérité ; c'est la fiction.

Ce n'est pas le droit pur ; c'est l'équité.

Il est vrai !

Mais une équité bienfaisante, qui profite aux uns, sans nuire aux autres.

Car, voilà bien sa devise : *Prodesse, non nocere !*

Elle est utile au débiteur, qui peut y trouver des moyens de libération, auxquels il ne pourrait pas atteindre sans elle ;

Elle est utile au créancier, qui reçoit son payement, que souvent aussi, sans elle, il ne pourrait pas recevoir ;

Et elle ne nuit pas aux autres créanciers du débiteur, ni à ceux qui sont engagés, avec lui ou pour lui, dans la même dette ; puisqu'ils demeurent, *après* le payement, qui a été fait avec subrogation, dans la même situation où ils étaient *avant.*

Et non-seulement, elle ne peut pas leur nuire ;

Mais elle peut même leur être utile, à eux aussi ! car si le subrogé ne peut jamais avoir une créance plus forte que le subrogeant, il peut n'avoir qu'une créance plus faible !

Aussi, Dumoulin définissait-il la subrogation :

« *Subrogatio et transfusio unius creditoris in alium,* EADEM VEL MITIORE CONDITIONE. » (*De Usuris*, n° 276.)

Qui donc pourrait s'en plaindre, et y mettre obstacle !

N'est-ce pas là, disait excellemment Pothier, une application de la *règle de charité, qui nous ordonne d'aimer notre prochain comme nous-même, et par conséquent de lui subvenir autant que nous le pouvons, sans nous préjudicier....* » (*Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans*, n° 75.)

C'est aussi la pensée que Basnage exprimait, en disant : *qu'on a fait prévaloir, en cette matière, l'équité à la subtilité* (*Des hypothèques*, 1re part., chap. XV.)

516. — Mais quel est l'expédient, que l'on a employé pour l'introduire dans le Droit civil?

Et, si j'osais dire un peu familièrement, par quelle porte y est-elle entrée?

C'est ici précisément que s'élèvent toutes ces controverses, que nous avons annoncées, sur le caractère juridique, qu'il faut attribuer à cette opération.

Quatre systèmes principaux ont été présentés :

317. — I. Le premier enseigne que la subrogation n'est, sous un nom différent, qu'un transport-cession.

De sorte que la créance elle-même passe du subrogeant au subrogé, comme elle passe du cédant au cessionnaire, non-seulement avec ses garanties accessoires, mais avec sa cause et sa nature propres.

Tel est, disent les partisans de ce système, le caractère, que son origine historique lui attribue, et qu'elle a toujours conservé.

Julien était, à cet égard, fort explicite :

« *Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellator ei, qui solidum solvere paratus est,* VENDERE CÆTERORUM NOMINA. » (L. 17, ff. *De fidej. et mandat.*)

Paul s'exprimait de même :

« .... *Non enim in solutum accepit; sed quodammodo* NOMEN DEBITORIS VENDIDIT.... » (L. 36 eod.)

Dans notre ancien Droit français, en quels termes Pothier définissait-il aussi la subrogation?

« .... Une fiction de droit, par laquelle le créancier *est censé céder ses droits, actions, priviléges et hypothèques* à celui de qui il reçoit son dû. » (*Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans*, n° 66; comp. Dumoulin, *De Usuris, quæst.* 49.)

Et si on rapproche de cette définition, les articles de notre Code, on y reconnaît encore, avec les mêmes effets, le même caractère; car le législateur nouveau semble bien avoir emprunté à Pothier ces redondances et ce redoublement de synonymes, afin de témoigner d'au-

tant mieux combien est complète la transmission qui s'opère du subrogeant au subrogé, et qu'elle comprend, aujourd'hui comme autrefois, les *droits, actions, priviléges et hypothèques;* non-seulement donc les accessoires de la créance, mais la créance elle-même.

318. — Ce système, qui tendrait à assimiler, de tous points, et à confondre la subrogation et la cession, est certainement inadmissible. (Comp. *infra*, n° 323.)

Renusson l'a bien démontré dans notre ancien Droit; et c'est très-justement qu'il lui reprochait *de n'avoir pas peu contribué à troubler la matière de la subrogation* (chap. II, n° 24.)

Aussi, est-il à peu près abandonné dans notre Droit moderne, du moins avec la formule absolue, sous laquelle il avait d'abord entrepris de se produire.

Mais sa défaite pourtant n'a pas été complète; et aujourd'hui même encore, nous le voyons appliqué, par d'éminents jurisconsultes, à certains cas de subrogation.

C'est ainsi que plusieurs distinguent entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale.

Et, tout en reconnaissant que la subrogation légale est différente de la cession, ils prétendent qu'il n'existe pas de différence entre la cession et la subrogation conventionnelle, surtout lorsque la subrogation conventionnelle est consentie par le créancier au profit d'un tiers, de qui il reçoit son payement.

Voici, en effet, comment s'expriment MM. Championnière et Rigaud :

« A l'exemple de Domat, qu'ils semblent avoir pris pour guide, les rédacteurs du Code ont reconnu (art. 1249), deux espèces de subrogation : l'une, conventionnelle; l'autre, légale; mais ils n'en ont point autrement déterminé la nature et les effets; il en résulte qu'on doit aujourd'hui leur supposer ceux qu'ils produisaient sous l'ancien Droit, c'est-à-dire *que la subrogation conventionnelle n'est qu'un transport sous un autre nom et dans une*

circonstance particulière, mais qu'elle a pour objet la créance même; tandis que la subrogation légale, la seule à laquelle convienne proprement cette dénomination, constitue un payement véritable, avec transport des actions, priviléges et hypothèques. » (*Traité des Droits d'enregistrement*, t. II, n° 1250.)

Les savants auteurs invoquent en ce sens l'autorité de Basnage, qui s'exprimait ainsi :

« .... Comme la subrogation légale s'acquiert par d'autres moyens que la conventionnelle, elle peut bien avoir des effets différents. » (*Traité des hypothèques* chap. xv.)

D'où ils concluent que le *droit de cession* est dû, et non pas seulement le *droit de quittance*, dans le cas de subrogation conventionnelle ;

Tandis que, au contraire, c'est le *droit de quittance* seulement qui est dû, et non pas le *droit de cession* dans le cas de subrogation légale.

Tel est, effectivement, le système, auquel, après quelques hésitations, l'administration de l'enregistrement paraît s'être arrêtée. (Comp. Championnière et Rigaud, *loc. supra cit.*, nos 1118, 1240 et 1254.)

Faut-il s'en étonner dans la jurisprudence fiscale, lorsque l'on voit les interprètes les plus autorisés, dans la jurisprudence civile, enseigner que la cession de créance et le payement avec subrogation, ne sont qu'une seule et même opération juridique ! (Comp. Delvincourt, t. II, p. 559 ; Toullier, t. IV, n° 119 ; Duvergier, *de la Vente*, t. II, n° 237 ; *voy.* aussi Casse, 4 févr. 1846, Forez el Bazart, Dev., 1846, 1, 97.)

319. — II. D'après le second système, la subrogation ne transmet pas au subrogé la créance, qui appartenait au subrogeant.

Cette créance n'en est pas moins éteinte par le payement ; et elle est remplacée par la créance nouvelle qui résulte de ce payement même, au profit de celui qui a payé.

Ce que fait seulement la subrogation, c'est de rattacher à cette créance nouvelle les sûretés accessoires, qui garantissaient l'ancienne créance, et de les mettre à son service, pour en faciliter le recouvrement.

C'est, en un mot, tout simplement une novation par changement de créancier. (Comp. art. 1278.)

Ce système a été présenté, avec beaucoup de force, dans une consultation célèbre délibérée par M. Grappe, à l'occasion d'un procès, qui intéressait le prince de Talleyrand; on peut la voir reproduite, *in extenso*, dans le recueil des *Questions de Droit* de Merlin (vº Subrogation § 1).

« Les obligations s'éteignent par le payement, disait le savant professeur; — comment la subrogation pourrait-elle transmettre un droit, une action anéantie?

« Quel est donc l'effet de la subrogation? c'est de transmettre les sûretés, les accessoires de l'ancienne obligation; c'est de donner à la nouvelle, qui se forme par le remboursement, l'hypothèque et les priviléges, qui appartenaient à la première. Ainsi, lorsque les lois disent que le second créancier, qui paye le premier, lui succède, elles n'entendent pas, elles ne peuvent pas entendre qu'il le représente comme un héritier représente le défunt, comme le cessionnaire représente son cédant; elles auraient dit une absurdité; elles veulent dire, elles disent, en effet, que le second succède à l'hypothèque et aux priviléges du premier créancier.

Ainsi, la subrogation ne ressuscite pas l'action primitive anéantie par le payement, pour la donner au créancier subrogé; elle ne lui attribue que les accessoires de l'ancienne action, les priviléges et les hypothèques; la première action ne peut être transmise que par l'effet d'un transport et d'une vente. »

L'arrêt de la Cour de cassation, qui termina le procès le 21 mars 1810, a-t-il consacré cette doctrine?

Il est permis de le penser, quoique l'un de ses mo-

tifs pour rejeter le pourvoi, qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour de Paris, soit que cette Cour n'a fait que décider une question d'interprétation d'acte. (Comp. Bugnet sur Pothier, t. II, p. 136 et 299; Marcadé, art. 1252, n° 1 ; Daniel de Folleville, *Des caractères distinctifs du payement avec subrogation.*)

320. — III. Le troisième système, intermédiaire, pour ainsi dire, et éclectique, se compose d'emprunts faits aux deux systèmes qui précèdent ; il réunit les éléments, que les deux autres séparent.

Tandis que le premier veut voir seulement, dans la subrogation, une cession ; et le second seulement un payement ; il y voit, lui ! tout à la fois un payement et une cession.

La subrogation, dit-il, est une opération complexe et à double face.

Payement, dans les rapports du créancier subrogeant envers le tiers subrogé, qui le paye ;

Cession, dans les rapports du subrogé envers le débiteur, dont il a acquitté la dette;

Cession, non pas seulement des accessoires de la créance, mais de la créance elle-même, et dont le but est d'assurer, le plus efficacement possible, au subrogé, le recouvrement de l'avance qu'il a faite.

De sorte que le tiers, dont les fonds ont servi à payer le créancier, ou qui l'a lui-même payé directement, a deux créances : la créance ancienne, qui lui est transmise avec ses accessoires, par la subrogation; et la créance nouvelle, qui est née, à son profit, soit du prêt qu'il a fait au débiteur pour payer le créancier, soit du payement qu'il a fait lui-même;

Avec faculté d'agir, en vertu de l'une, ou en vertu de l'autre, suivant son plus grand intérêt.

Renusson semble avoir enseigné cette doctrine :

« .... Et en ce cas, disait-il, quoique la dette ne subsiste plus *à l'égard du créancier,* qui a reçu ce qui lui

est dû, elle subsiste *à l'égard du débiteur;* lequel n'ayant pas payé de ses deniers, demeure débiteur de celui qui paye pour lui. » (Chap. I, n° 12; comp. aussi Pothier, *Des obligations*, n° 560.)

M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, a pareillement posé, sur cette double base, la théorie de la subrogation dans notre Droit moderne :

« L'obligation est éteinte, *à l'égard du créancier*, par le payement que lui fait une tierce-personne subrogée dans ses droits, sans que cette obligation soit éteinte, *à l'égard du débiteur.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 369.)

Cette thèse compte, aujourd'hui, dans la doctrine, des partisans considérables. (Comp. Mourlon, p. 6 à 14 et p. 48; Colmet de Santerre, t. V, n° 189 *bis*, I à V; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 168-169; Larombière, t. III, art. 1252, n° 7.)

321. — IV. Enfin, le quatrième système consiste dans des distinctions entre les différentes causes, d'où la subrogation procède.

Nous l'avons vu déjà distinguer entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale. (*Supra*, n° 318.)

Ce n'est pas tout!

Il distingue, de plus, dans la subrogation conventionnelle, entre celle qui est consentie par le créancier, et celle qui est consentie par le débiteur. (Art. 1250, 1° et 2°.)

Et tandis qu'il accorde à la première les effets les plus étendus, il restreint, au contraire, d'une manière notable, les effets de la seconde!

C'est ainsi que Toullier a écrit de la subrogation consentie par le débiteur au profit de celui qui lui prête des deniers pour payer son créancier :

« Il peut arriver qu'un débiteur soit dans l'impuissance de subroger dans l'hypothèque du créanci r remboursé, au moment où se fait la subrogation.

« Par exemple, s'il a vendu le fonds hypothéqué à la charge de l'hypothèque, il ne peut plus subroger dans cette hypothèque celui qui prêterait les deniers pour rembourser le créancier, parce que l'hypothèque est éteinte avec le droit de ce dernier, et *que la subrogation faite par le débiteur ne pouvant conférer qu'un droit nouveau*, il se trouverait conférer une hypothèque sur la chose d'autrui, sur un fonds, qui a cessé de lui appartenir. » (T. IV, n° 136.)

522. — Voilà les quatre systèmes, qui sont en présence.

Lequel est le meilleur, et représente, le plus exactement, la véritable théorie de la subrogation?

Nous n'hésitons pas, pour notre part, à penser qu'il faut écarter, tout d'abord, le premier et le quatrième :

Celui, qui veut confondre la subrogation avec la cession ;

Et celui, qui veut distinguer entre les différentes causes d'où la subrogation procède.

523. — Confondre la subrogation avec la cession, c'est méconnaître, en même temps, les textes de notre Code et le principe essentiel qui fait la base de toute cette matière !

Notre Code distingue le *payement avec subrogation* d'avec le *transport des créances;* il traite, séparément, de l'un, dans le titre *Des Contrats ou des Obligations conventionnelles*, au chapitre : *De l'extinction des obligations*, et de l'autre, dans le titre : *De la Vente.*

Ce qui prouve évidemment qu'il les considère comme deux opérations juridiques distinctes.

Et telle est, bien, en effet, la vérité !

Le transport-cession est une vente, un acte de commerce, dans le sens large de ce mot, c'est-à-dire un contrat commutatif, dans lequel chacune des parties se propose un but de spéculation.

Très-différent est le caractère de la subrogation ! l'in-

tention, qui y préside, est tout autre; c'est généralement une intention bienfaisante! celui qui paye la dette d'un autre avec subrogation, ne se propose pas de l'acquérir pour gagner; il veut seulement ne pas perdre.

Cette différence est fondamentale!

La subrogation a toujours pour cause un payement fait par un tiers d'une dette, qui n'est pas la sienne.

L'idée de subrogation est inséparable de l'idée de payement.

Aussi, quel est l'intitulé de notre Section?

Du payement avec subrogation.

Et tous nos textes présentent, en effet, la subrogation comme un incident et une modalité du payement (comp. art. 1249, 1250, 1251, 1252).

Arrière donc tout système, dont le résultat serait d'assimiler le *payement avec subrogation* au *transport-cession;* ces deux opérations juridiques, si profondément différentes!

Oh! sans doute, il peut y avoir lieu de rechercher, en fait, quel est le vrai caractère de l'opération qui s'est passée, si c'est une cession ou si c'est une subrogation.

Et cette question d'interprétation pourra surtout s'élever, dans le cas de la subrogation consentie par le créancier au profit d'un tiers, qui le paye, et qui est celui qui offre, avec la cession, le plus de ressemblance (art. 1251, 1°).

Mais une fois qu'il sera reconnu que l'intention des parties a été non pas de vendre et d'acheter, mais de faire un payement et de libérer le débiteur, il faudra décider résolument, en droit, que le payement avec subrogation est une opération tout autre que le transport-cession. (Comp. Cass., 24 févr. 1846, la Caisse hypoth. Bordet, Dev., 1846, I, 279; Paris, 5 juill. 1854, Lecoq, Dev., 1854, II, 651; *Observations* de M. Carette, sur l'arrêt précité du 24 févr. 1846.)

324. — Notre avis est qu'il faut écarter aussi le sys-

tème, qui prétend introduire des distinctions entre les causes, d'où la subrogation procède.

Nous savons bien que ces distinctions ont été autrefois présentées; et que plusieurs, parmi nos anciens jurisconsultes, attribuaient à la subrogation des effets différents, suivant les différents cas, dans lesquels elle était admise (*supra*, n° 318).

Il est vrai!

Mais c'étaient les commencements de cette institution; il ne faut pas oublier combien ils furent laborieux, et que la logique des jurisconsultes et des magistrats ne s'y résigna que difficilement.

A ce point que, *s'en étant présenté*, dit Loyseau, *un procès au Parlement, la Cour commanda aux parties de s'accorder, et laissa le procès indécis.* » (N° 83.)

Lorsque, en effet, les civilistes eurent reconnu la subrogation consentie par le créancier au profit du tiers, qui le paye, on leur demanda de reconnaître aussi la subrogation consentie par le débiteur au profit du prêteur de deniers, ils se récrièrent!

Est-ce qu'il se peut que le débiteur dispose du droit de son créancier?

La créance et ses sûretés, c'est la chose d'autrui, pour le débiteur! il ne saurait pas plus céder le principal que les accessoires!

C'est bien là, en effet, ce que disait Dumoulin :

« *Quemadmodum enim ipsa obligatio passiva non potest cedi, nec ita ejus accidentia et qualitates, sive augeant, sive diminuant obligationem.* » (*De Usuris*, n° 335.)

Et voilà comment ils en étaient venus à distinguer entre l'un et l'autre cas de subrogation, prétendant que la subrogation, qui est consentie par le débiteur, ne transmet pas au subrogé les mêmes droits qui appartenaient au créancier, mais des droits nouveaux!

Mais cette doctrine n'était pas conséquente avec elle-même.

Ces droits nouveaux, en effet, que le débiteur transmettait au subrogé, étaient, disait-elle, pareils d'ailleurs et de force égale à ceux de l'ancien créancier.... *jus simile et æque potens.*

Or, c'était précisément tout le contraire! puisqu'elle ne permettait pas que le subrogé succédât à l'hypothèque, qui appartenait au créancier sur l'immeuble que le débiteur avait aliéné, et qui se trouvait, au moment de la convention de subrogation, dans les mains d'un tiers-détenteur.

Et elle commettait, en outre, une contradiction manifeste, en permettant au subrogé de succéder à l'hypothèque du créancier, dans le cas où l'immeuble hypothéqué se trouvait encore dans les mains du débiteur

Le débiteur, en effet, ne peut pas plus consentir une hypothèque nouvelle, au préjudice des hypothèques, qu'il a antérieurement consenties, qu'il ne peut consentir une hypothèque nouvelle sur un immeuble, dont il a cessé d'être propriétaire ;

Donc, si le droit consenti par lui, devait être considéré comme un droit nouveau, il ne pouvait pas plus être consenti au détriment des créanciers intermédiaires, qu'au détriment du tiers-détenteur.

C'était faire trop ou trop peu!

Aussi, pouvons-nous dire encore de ce système, malgré l'autorité de Delvincourt, de Toullier, et de M. Duvergier, que tous les textes de notre Code le repoussent.

Il n'en est pas un, qui autorise une distinction, dans les effets de la subrogation, eu égard aux causes d'où elle dérive.

L'article 1252, le seul qui en détermine les effets, est conçu, au contraire, dans des termes qui sont exclusifs de toute distinction.

« *La subrogation établie par les articles précédents,* dit-il.... »

Donc, il n'y a qu'une seule espèce de subrogation ;

laquelle peut procéder, il est vrai, de causes différentes, mais qui est une dans ses effets.

Et cela est très-logique !

Qu'est-ce, en effet, que la subrogation légale, si non une subrogation conventionnelle, que la loi suppose, de plein droit, intervenue entre le tiers qui paye et le créancier qui reçoit ; la loi supplée le consentement du créancier ; et par une excellente raison : c'est que ce consentement, qui ne peut lui nuire, il ne saurait, équitablement, honnêtement, le refuser !

Le même motif peut expliquer la subrogation, qui est consentie par le débiteur au profit d'un tiers, prêteur de deniers.

« Cette subrogation, dit l'article 1250, 2°, s'opère sans « le concours de la volonté du créancier. »

Sans doute !

Pourquoi lui demander qu'il l'accorde, puisqu'on ne lui permettrait pas de le refuser ?

On s'en passe donc ; et on suppose, de plein droit qu'il consent.

Voilà, en effet, comment la subrogation s'est successivement formée ; et c'est Dumoulin lui-même qui dans une de ses leçons solennelles, démontra qu'il n'était pas nécessaire de requérir le *beneficium cedendarum actionum*.

325. — Restent les deux autres systèmes, entre lesquels il serait permis d'hésiter.

Nous ne nous rallions pas, toutefois, à celui qui enseigne que la subrogation transmet seulement au subrogé les garanties accessoires de la créance payée : privilége, hypothèque ou cautionnement ; sans lui transmettre la créance elle-même, ni par conséquent les garanties de recouvrement, qui pourraient aussi résulter de la cause de cette créance.

Ce système est, suivant nous, contraire : soit à la tradition historique ; soit à la généralité des textes de notre Code (*supra*, n° 320).

Et il aurait pour résultat, s'il voulait être logique, de restreindre les effets de la subrogation d'une manière très-regrettable.

La créance, que le subrogé a payée, était commerciale ; et sa créance, à lui, est civile.

La première emportait la contrainte par corps ; et la seconde n'est pas munie de cette voie d'exécution. (Comp. aujourd'hui la loi du 22 juill. 1867, abolitive de la contrainte par corps.)

L'une était constatée par un titre exécutoire ; et point l'autre ! etc.

Ces divers avantages de la créance ancienne : et la compétence commerciale (art. 423, 429 Code de commerce.) ; et la contrainte par corps ; — et la voie d'exécution parée, peuvent, sans aucun doute, être considérés comme des garanties de recouvrement.

Le subrogé y succèdera-t-il ?

Il faut répondre négativement, dans le système, qui prétend que la créance elle-même est éteinte et qu'il n'en passe rien au subrogé.

Mais comment concilier cette réponse avec les articles qui comprennent, indistinctement, dans la subrogation, les *droits* et *actions* du créancier payé ?

Or, de tous les droits du créancier payé, le premier, le principal, c'est sa créance ! comme la première et la principale de ses actions, c'est l'action qui en dérive !

Par quel motif, d'ailleurs, limiter ainsi les effets de la subrogation ?

On objecte que le payement est un mode d'extinction des obligations, et qu'il est impossible de concevoir comment une créance qui a été payée, pourrait subsister encore et être transmise à un autre.

Mais est-ce que le payement, qui éteint la créance, n'éteint pas aussi, du même coup, tous ses accessoires, priviléges, hypothèques et autres ?

Assurément oui ! (Comp. *supra*, n° 312.)

Et, pourtant, on reconnaît que ces accessoires survivent au payement et sont transmis au subrogé.

On le reconnaît; et en vérité, il le faut bien; sans quoi, c'en serait fait de la subrogation tout entière!

Or, il n'y a rien de plus extraordinaire à voir la créance elle-même survivre, en un certain sens, au payement, que d'y voir survivre ses accessoires; ou plutôt la fiction, pour être plus complète, n'en doit paraître qne plus conséquente avec elle-même.

Car, dans le système, qui prétend que la subrogation ne transmet rien de la créance, il faudrait aller jusqu'à dire qu'elle ne transmet pas les hypothèques légales, ni les priviléges, qui pouvaient appartenir au subrogeant.

Les hypothèques légales garantissent, en effet, seulement certaines créances (art. 2121).

Et cela serait aussi rigoureusement vrai des priviléges, qui, d'après le texte même de la loi, sont attachés à la *qualité de la créance;* à ce point que le législateur a cru nécessaire de dire, dans l'article 2112, qu'ils étaient, comme la créance elle-même, transmissibles par voie de cession.

Mais comment en comprendre la transmission, si on dit que la créance elle-même est éteinte et remplacée par une nouvelle créance, résultant d'un prêt, d'un cautionnement, d'un mandat, ou d'une gestion d'affaires, c'est-à-dire d'une cause, qui ne comporte, elle, aucune hypothèque légale, ni aucun privilége?

La conséquence rigoureuse de ce système serait donc que la subrogation ne pourrait transmettre ni les hypothèques légales ni les priviléges de la créance payée.

Or, cette conséquence est certainement inadmissible en présence de nos textes, qui comprennent, sans aucune distinction, dans la subrogation, les *priviléges et hypothèques* du créancier, qui a reçu son payement.

Il faut donc en prendre son parti!

Nous ne sommes pas dans la vérité; nous sommes dans la fiction.

Et ce que la loi a pu supposer, pour les accessoires de la créance, elle a pu le supposer aussi pour la créance elle-même !

326. — Nous croyons, en effet, que la subrogation transmet au subrogé toutes les garanties de recouvrement, qui appartenaient au créancier payé, sans distinguer entre celles qui sont considérées comme des accessoires de la créance, et celles qui sont attachées à cette créance elle-même, à sa nature et à sa cause.

Cet effet de la subrogation était parfaitement mis en relief dans la Déclaration du mois de mai 1609, relative à la subrogation, qui est consentie par le créancier au profit d'un tiers, qui le paye :

« *Voulons.... qu'ils soient* (les subrogés) *et demeurent, de droit, aux droits, hypothèques,* NOMS, CRÉANCES, *raisons et actions desdits anciens créanciers, sans autre cession et transport d'iceux....* »

Or, il ne paraît pas douteux que les termes généraux de l'article 1250, 1°, se réfèrent à ce monument législatif de notre ancien Droit.

C'est donc le troisième système, qui nous paraît préférable.

Et néanmoins, sans avoir la prétention d'introduire un système nouveau, (il y en a bien assez !), nous voudrions en modifier la formule.

On se rappelle que, d'après ce système, la subrogation serait une opération complexe :

Payement, dans les rapports du subrogé avec le créancier, qu'il désintéresse;

Cession, dans les rapports du subrogé avec le débiteur, dont il acquitte la dette (comp. *supra*, n° 320).

Eh bien ! non, il ne faut pas que le subrogé prenne, envers le débiteur, que son payement a libéré, l'attitude d'un cessionnaire de créance !

Et, même entre eux, c'est le caractère du payement qui prédomine.

Le tiers, qui a payé le créancier, a voulu, en effet, non pas acheter la créance, mais libérer le débiteur.

Voilà la subrogation, dans la fin essentielle, qui la caractérise.

Il y a donc payement, sous l'un et sous l'autre rapport : soit envers le créancier, qui a reçu ; soit envers le débiteur, que ce payement a libéré.

Mais, pour assurer au tiers, qui a payé, le recouvrement de son avance, la loi met, pour ainsi dire, au service de la nouvelle créance, que cette avance a produite, toutes les garanties, que le créancier payé aurait eues lui-même, sans distinguer entre celles qui ne sont que des accessoires, et celles qui sont inhérentes à cette créance elle-même ; laquelle est censée subsister, à l'effet de faciliter le recouvrement de la créance nouvelle, que le paiement a fait naître (comp. Cass., 5 déc. 1863, Lecocq, Dev., 1864, I, 177).

327. — L'exposition historique et théorique, que nous venons de fournir, était indispensable.

Nous osons dire que c'est pour n'avoir pas posé solidement cette prémisse fondamentale, que plusieurs jurisconsultes, et des meilleurs, ont présenté des solutions, qui sont, à notre avis, tout à fait inexactes, et qu'ils ont même commis de véritables contradictions.

Nous espérons, au contraire, pouvoir démontrer que toutes les solutions, qui nous restent à présenter, dérivent, comme autant de conséquences logiques, de la théorie, que nous venons d'établir.

En voici donc huit, parmi les plus importantes, que cette matière soulève.

En les présentant à cette place, nous anticiperons sur la troisième partie de notre Division, qui doit être consacrée aux effets de la subrogation.

Mais ces déductions dérivent si directement de notre règle, qu'elles en sont, pour ainsi dire, inséparables !

528. — I. Le subrogé ne peut répéter, contre le débiteur, qu'il a libéré par son payement, que le montant de ce qu'il a effectivement payé pour lui.... « .... *in ea quantitate, quam superiori exsolvit....* » disait Paul (L. 16, ff., *Qui pot. in pign.*).

Si donc le créancier, faisant une remise, consent à donner une quittance pour solde, quoiqu'il ne reçoive pas la totalité de ce qui lui est dû, c'est au débiteur que cette remise doit profiter.

Jules est créancier de Pierre d'une somme de 50 000 fr.; et j'offre de lui payer, au nom de Pierre, une somme de 45 000 fr., s'il veut bien le tenir quitte.

Jules accepte, et me donne quittance des 50 000 fr., pour les 45 000 fr. que je lui paye.

Je ne puis exercer la répétition contre Pierre que des 45 000 fr. que j'ai payés pour lui.

Mais le cessionnaire d'une créance n'en a pas moins le droit d'exiger le payement de la totalité, lors même qu'il l'a achetée au-dessous de sa valeur nominale !

Oui ! le cessionnaire, qui fait un acte intéressé, et qui le plus souvent, en effet, se propose un but de spéculation;

Mais non pas le subrogé, qui veut seulement libérer le débiteur, et qui n'a droit qu'au remboursement de l'avance qu'il a faite, comme prêteur, comme caution, mandataire ou gérant d'affaires.

La créance est, dans les mains du cessionnaire, telle qu'elle était dans les mains du cédant, avec son chiffre nominal, sauf le cas exceptionnel de l'article 1699, où la créance cédée est litigieuse.

Le subrogé, au contraire, l'a éteinte, en la payant ! s'il est possible de dire qu'elle est encore dans ses mains, ce n'est que par une fiction de droit, afin seulement de lui assurer le recouvrement de la créance nouvelle, que le payement a fait naître à son profit.

Si le tiers, qui a payé la dette pour le débiteur, l'avait payée sans subrogation, pourrait-il répéter plus qu'il n'aurait effectivement payé?

Non, certes!

Eh bien! il en doit être de même, dans le cas où il a payé avec subrogation.

Ce n'est pas la subrogation, qui crée le recours; elle ne fait qu'en garantir l'efficacité.

Voilà bien ce qui résulte de tous nos textes.

Quelle cause attribuent-ils à la créance du subrogé?

Le payement, qu'il a fait, dans l'intérêt du débiteur (1249, 1250, 1251, 1252; ajout. art. 874, 2037).

Donc, sa créance est limitée au montant de son avance, et à la somme qu'il a payée.

Cela est de toute évidence, dans le cas de la subrogation consentie par le débiteur au profit du tiers, qui lui prête des fonds pour payer son créancier; apparemment, ce nouveau créancier, prêteur qu'il est, ne peut, malgré la subrogation, réclamer que le montant de la somme, qu'il a prêtée.

Eh bien! il en est de même dans tous les cas de subrogation.

Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que l'intention contraire des parties fut bien expresse, et que la volonté du créancier de transmettre au subrogé la totalité de la créance, dont il n'aurait reçu qu'un payement partiel, fût formellement exprimée; auquel cas, ce ne serait plus, à vrai dire, une subrogation, mais une cession, faite sans garantie.

On peut voir cette première différence entre le transport-cession et le payement avec subrogation, très-bien établie dans les articles 10 et 11 de la loi du 11 frimaire an VI (1er décembre 1797), qui fixait le mode de remboursement des obligations contractées pendant la dépréciation du papier-monnaie (comp. Cass., 21 mars 1810, Sirey, 1811, I, 6; Merlin, Quest. de Droit, v° *Su-*

brogation de personnes, § 1; Duranton, t. XII, n° 122; Mourlon, p. 13; Marcadé, art. 1250, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t, IV, p. 174 et 187; Colmet de Santerre, t. V, n° 189 *bis*, VIII; Gauthier, nos 50-55; Larombière, t. III, art. 1250, n° 29).

529. — II. La disposition de l'article 1690 n'est pas applicable au payement avec subrogation.

Aux termes de cet article :

« Le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur.

« Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite dans un acte authentique. »

Et l'article 1691 ajoute :

« Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré. »

Ces textes, comme on voit, ne sont relatifs qu'au transport-cession de la créance;

Or, nous supposons, non pas un transport-cession, mais un payement avec subrogation ;

Donc, ils sont étrangers au fait juridique, qui nous occupe.

Donc, le payement, quoique fait avec subrogation, produit son effet extinctif, immédiatement et absolument! (art. 1234.)

Immédiatement, sans qu'il soit besoin d'aucune signification au débiteur, ni d'aucune acceptation de sa part;

Absolument, envers et contre tous !

Est-ce qu'il faudrait, pour que cet effet fût produit, une signification ou une acceptation, si j'avais payé, sans subrogation, la dette d'un autre?

Évidemment non ! (Comp. *supra*, n° 83.)

Eh bien! la subrogation n'empêche pas l'effet du payement; elle le suppose, au contraire ; et bien loin de pou-

voir aggraver la condition de celui qui a fait le payement pour le débiteur, elle n'a pour but que de l'améliorer.

Oh! sans doute, si le débiteur, dans l'ignorance du payement, que le tiers a fait en son nom, faisait lui-même un second payement au créancier, il serait fondé à prétendre que le tiers ne peut pas exercer de recours contre lui.

Mais pourquoi?

Parce que le tiers aurait commis une imprudence, en n'avertissant pas le débiteur du payement, qu'il avait fait.

Mais remarquons que tout avertissement serait suffisant, par lettre missive ou même verbalement, dès qu'il serait, en effet, prouvé que le débiteur a été averti.

· Telle est, d'après l'article 2031, la position de la caution, qui paye pour le débiteur principal.

Or, il n'est pas nécessaire que la caution fasse au débiteur une signification, ou que celui-ci consente une acceptation dans un acte authentique, pour que le payement fait par elle éteigne la créance!

Voilà une seconde différence, entre le transport-cession et la subrogation.

Elle a été méconnue, à la vérité, et il le fallait bien! par les jurisconsultes, dont le système est de confondre en une seule ces deux opérations juridiques; il leur a fallu décider que les articles 1690 et 1691 sont applicables au payement avec subrogation.

C'est ainsi que, dans notre ancien Droit, Denizart enseignait *qu'il faut relativement aux tiers signifier cet acte;*

Conséquent, d'ailleurs, en ceci, avec lui-même, puisqu'il enseignait que la subrogation de personnes n'est point une *fiction*, qu'elle est un *vrai transport*, qui engendre, de la part du créancier, qui reçoit son payement, l'obligation de garantie (v° *Subrogation* n° 9; comp. *infra* n° 330).

La nécessité d'une signification a été aussi ensei-

gnée dans notre Droit nouveau. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 559 ; Toullier, t. IV, n° 127, Duvergier, *de la Vente*, t. II, n° 237.)

Mais c'est là une conséquence, qui démontre de plus en plus, suivant, nous, l'inexactitude de ce système. (Comp. Duranton, t. XII n°s 124, 125 et 127; Mourlon, p. 15 et 249 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 174 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 180 *bis* ; Larombière, t. III, art. 1250 n° 12.)

330. — III. Aux termes de l'article 1693 :

« Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie. »

En est-il de même de celui, qui a reçu le payement d'une créance, en subrogeant à ses droits le tiers, qui l'a payé ?

Le subrogé a-t-il droit, comme le cessionnaire, à la garantie de l'existence de la créance ?

Il faut répondre affirmativement dans le système de ceux, qui prétendent confondre le transport-cession avec la subrogation.

Et telle est, en effet, la réponse qui a été faite par plusieurs arrêts dans la jurisprudence, et par d'éminents jurisconsultes dans la doctrine. (Comp. Cass., 4 févr. 1846, Forez-el-Bazart, Dev., 1846, I, 97 ; Montpellier, 15 décembre 1847, Reyne, Dev., 1848, II, 525 ; Delvincourt, t. II, p. 539 ; Toullier, t. IV, n° 164; Duranton, t. XII, n° 128 et t. XVI n° 488 ; Duvergier, *De la Vente*, n° 287.)

Mais cette nouvelle solution prouve de plus en plus, suivant nous, combien est inexact le système d'où elle dérive.

Et d'abord, le témoignage de nos anciens, (si l'on excepte Denizart, *supra*, n° 329), n'est peut-être, sur aucune autre question, plus explicite que sur celle-ci.

Dumoulin disait :

« *Creditor non tenetur cedere actiones cum hoc onere ut sint efficaces, sed simpliciter quales habet.* » (De Usuris, n°s 672 et suiv.)

« Le créancier, qui a consenti la subrogation, disait aussi Renusson, n'est obligé à aucune garantie : *suum recepit:* le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige pas. » (Chap. II, n° 22.)

Et ailleurs encore :

« La simple cession d'actions, que nous appelons subrogation, a bien quelque effet semblable à la vente et à la cession et transport, mais non pas tous leurs effets...; car le créancier qui a consenti la subrogation, *ne sera pas garant....* » (Chap. II, n° 25.)

Écoutons enfin Pothier :

« La subrogation diffère du transport, en ce que le créancier, qui a subrogé à ses droits celui de qui il a reçu son dû, n'étant réputé vendre et transporter sa créance que par une pure fiction, qui ne doit pas lui préjudicier, *il ne s'oblige à aucune garantie.* » (Introduct. au titre XX de la Cout. d'Orléans, sect. V, n° 66.)

Telle doit être encore, suivant nous, la doctrine moderne.

C'est ce que M. Bigot-Préameneu a déclaré dans l'*Exposé des motifs :*

« Par le payement avec subrogation, toute obligation est éteinte vis-à-vis du créancier ; et conséquemment, *il n'en contracte aucune à l'égard du subrogé.* » (Locré, *Législat. civ.* T. XII, p. 349.)

Le subrogé, en effet, n'a pas voulu acheter, et il n'a pu acheté la créance ;

Il n'a voulu faire et il n'a fait qu'un payement ;

Pas plus que celui qui a reçu, n'a voulu faire et n'a fait une cession ;

Il n'a voulu que recevoir, et il n'a reçu, en effet, qu'un payement.

La créance, que le subrogé croyait exister, n'existait

pas, ni civilement, ni naturellement ; car l'existence, même seulement d'une obligation naturelle, pourrait être, à l'égard du subrogé, une cause valable de payement. (Arg. de l'art. 1235.)

Quelle en est la conséquence?

C'est qu'il a fait un payement sans cause, et qu'il peut exercer, contre le prétendu créancier, la répétition de ce qu'il lui a payé indûment.

Mais il n'aura droit à la bonification des intérêts et à la restitution des frais et loyaux coûts de la quittance, qui lui a été donnée, que dans le cas où le subrogeant serait de mauvaise foi. (Comp. art. 1378 à 1380);

Tandis que la garantie, s'il y avait droit, comme ûn cessionnaire, l'autoriserait à demander la bonification des intérêts et la restitution des frais de quittance contre le cédant, comme aussi des frais de poursuite, qu'il aurait pu exercer contre le prétendu débiteur, lors même que le cédant serait de bonne foi. (Comp. art. 1630 et suiv.; Paris, 3 juillet 1854, Lecoq, Dev. 1854, II, 651; Troplong, *Des priv. et hypothèques* t. I, n° 353 *bis;* Mourlon, p. 14 et 15; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV p. 174; Colmet de Santerre, t. V, n° 189 *bis* IX ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, t. II, n° 1248; Gauthier, n°s 96, 99 ; Larombière, t. III, art. 1250 n° 27.)

551. — Parmi nos anciens jurisconsultes, il en est un pourtant, dont l'autorité semblerait contredire la tradition, que nous venons de rappeler.

D'Olive, en effet, pose cette question :

Un créancier a reçu son payement d'un tiers, *comme premier créancier ;*

Tandis que, de fait, il n'avait pas le premier rang.

Est-il tenu à la garantie?

Oui, répond-il, en invoquant un arrêt du Parlement de Toulouse du 15 juillet 1637. (Liv. IV, chap. XXVI.)

Mais des termes mêmes qu'il emploie, on est autorisé

à conclure qu'il s'agissait d'un cas particulier, et que le créancier, au lieu de consentir purement et simplement la subrogation, avait, en outre, garanti son rang hypothécaire.

Le créancier peut, en effet, par une clause particulière, promettre la garantie des droits auxquels il subroge le tiers, qui le paye.

Cette convention, qui est assurément licite, doit alors faire la loi des parties (art. 1134).

Mais ce que nous maintenons, c'est qu'une telle convention déroge au droit commun, et doit être considérée comme exceptionnelle. (Comp. Larombière, t. III, art. 1250 n° 28 ; Gauthier n° 100.)

532. — IV. — L'article 450 dispose que :

« Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit « ou créance contre son pupille.... »

Faut-il en conclure que le tuteur ne peut pas payer avec subrogation le créancier de son pupille ?

Oui ! répondent Toullier, (t. II, n° 1232) et Duranton (t. II, n° 602).

Cette conclusion est, en effet, nécessaire, dès que l'on assimile la subrogation à la cession.

Mais nous avons exprimé déjà, pour notre part, le sentiment contraire (comp. notre *Traité de la Minorité ; — de la Tutelle — et de l'Émancipation* etc. T. I, n° 774).

Et nous ne pouvons qu'y persister.

Que la loi défende au tuteur de chercher un gain ou même seulement un bon emploi de ses deniers personnels aux dépens du mineur, cela est sage !

Mais ce qui ne saurait se comprendre, c'est qu'elle défendît au tuteur de se montrer bienveillant envers le mineur, et de lui être utile, en le débarrassant d'un créancier rigoureux.

Pothier allait même jusqu'à poser cette question :

« Si ceux à qui leur qualité de tuteur ou de curateur donne le droit d'obliger le créancier à recevoir le paye-

ment de ce qui est dû par le mineur, peuvent, lorsqu'ils payent de leurs propres deniers, obliger le créancier à les subroger. »

Et, en citant Renusson, qui décidait la négative, il ajoutait :

« Sa décision souffre difficulté; et on peut lui répondre que le tuteur qui paye, en son propre nom et de ses deniers, la dette de son mineur, n'ayant aucuns deniers de son mineur entre les mains, peut avoir intérêt de payer, pour éviter le procès, que le créancier pourrait lui faire sur le bref état de compte qu'il doit lui rendre; et qu'il suffit que celui qui paye un autre, ait intérêt de payer, pour qu'il puisse, en payant, demander la subrogation. » (Introduct. au tit. xx de la Cont. d'Orléans, § III, n° 20.)

Nous croyons qu'en ceci, Pothier lui-même allait trop loin.

Aussi, ne demandons-nous pas le bénéfice de la subrogation légale pour le tuteur, qui paye de ses deniers la dette de son mineur.

Ce que nous demandons, c'est qu'il puisse obtenir la subrogation conventionnelle du créancier (comp. Mourlon, p. 29-31).

353. — V. Nous verrons bientôt que, d'après l'article 1252 :

« La subrogation... ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui, dont il n'a reçu qu'un payement partiel. »

Supposons la cession d'une partie de la créance, au lieu d'un payement partiel avec subrogation.

Faudra-t-il appliquer l'article 1252, et accorder, en cas d'insuffisance des fonds à distribuer, la préférence au cédant contre le cessionnaire ?

Grenier a répondu affirmativement. (*Des Priv. et hypothèques*, t. I, n° 93.)

Et telle est aussi la doctrine de Troplong.

« Par exemple, dit-il, Pierre est créancier de Jacques, de 50 000 fr. pour une terre qu'il lui a vendue.

« Pierre cède la moitié de cette créance à Sempronius qui la lui paye 24 000 fr. »

« L'immeuble étant vendu par saisie réelle, ne produit qu'une somme de 40 000 fr. »

Pierre et Sempronius doivent-ils concourir et faire une perte proportionnelle? ou bien l'un doit-il l'emporter sur l'autre?

« En se reportant aux principes, on aperçoit clairement que cette concurrence est impossible.

« Pierre a vendu à Sempronius une créance de 25 000 fr.; il doit donc l'en faire jouir; et dès lors, il est manifeste qu'il doit lui céder la préférence. » (*Des Priv., et hypoth.*, t. I, n° 367.)

Ce qui est, au contraire, manifeste, suivant nous, c'est que le cédant et le cessionnaire doivent concourir et que la perte doit être, pour chacun d'eux, proportionnelle :

1° Aux termes de l'article 1693 :

« Celui, qui vend une créance ou autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie. »

Et l'article 1694 ajoute :

« Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance. »

Or, d'une part, la créance, que Pierre a cédée à Sempronius, existe, on le suppose;

D'autre part, on suppose aussi que Pierre n'a pas garanti la solvabilité du débiteur;

Donc, il ne doit pas cette garantie.

Et il est évident qu'on ne fait pas autre chose que de lui en imposer l'obligation, lorsqu'on prétend qu'il doit laisser payer le cessionnaire par préférence à lui-même.

2° La logique, d'ailleurs, y résiste, non moins que le texte.

Est-ce que, en effet, ces deux parties de la même créance ne sont pas, de tous points, égales et aussi fortes l'une que l'autre?

Assurément oui!

Cette créance a été seulement fractionnée; mais elle demeure toujours la même dans chacune des fractions, si nombreuses qu'on veuille les supposer, qui la représentent dans son unité première, toujours subsistante!

3° On objecte que l'article 1252 ne permet pas que le subrogé concourre avec le subrogeant.

Eh! voilà précisément la différence, qui apparaît encore ici entre la subrogation et la cession.

C'est qu'il y a eu payement, dans ce cas.

C'est que le créancier n'a pas cédé sa créance; il n'a fait que recevoir, en partie, ce qui lui était dû.

Or, comment serait-il possible que celui-là même, qui l'a payé, ou tout autre, en son nom, vient se poser contre lui en rival, et prétendre lui faire concurrence pour le restant dû de sa créance!

L'autre partie, elle a été payée;

Donc, elle est éteinte, en ce qui le concerne. (Comp. Grenoble, 15 janv. 1834, Dev., 1835, II, 45; Amiens, 24 juill. 1841, Comp. du Phénix, Dev., 1845, II, 93; Delvincourt, t. II, p. 564; Duranton, t. XII, n° 187; Marcadé, art. 1250, n° 2; Mourlon, p. 16 à 21; Zachariae, Aubry et Rau, t. IV, p. 175; Colmet de Santerre, t. V, n° 189 *bis*, XI et 197 *bis*, XVI.)

334. — VI. La créance, qui a été payée avec subrogation, étant commerciale, produisait des intérêts à six pour cent par an;

Tandis que la créance du subrogé étant civile, ne peut produire que des intérêts à cinq pour cent.

Ou bien il s'agit d'une créance, qui a pris naissance, avant la loi du 3 septembre 1807, sous l'empire du Code

civil, qui n'avait pas limité le taux de l'intérêt conventionnel de l'argent (art. 1907); c'est un prêteur, par exemple, qui avait stipulé des intérêts à dix pour cent.

Et un tiers paye ce créancier avec subrogation, postérieurement à la loi du 3 septembre 1807, qui a limité le taux de l'intérêt conventionnel.

Voilà une hypothèse, qui est certes de nature à faire ressortir encore le contraste, que nous tenons à signaler entre la cession et la subrogation.

Évidemment, le cessionnaire de ces créances aurait droit aux mêmes intérêts que le cédant : à six pour cent, de la créance commerciale; à dix pour cent, de la créance antérieure à la loi de 1807 (comp. art. 1614, 1615, 1692).

En sera-t-il de même du subrogé?

L'affirmative compte des partisans considérables.

Tel serait, en effet, d'après Mourlon (p. 27), le sentiment de l'un des plus savants professeurs de la Faculté de Droit de Paris, M. Valette.

Duranton l'enseigne également, pour le cas du moins où la subrogation est consentie par le créancier au profit d'un tiers qui le paye (art. 1250, 1°) :

« Le subrogé, dit-il, aurait le droit de réclamer les intérêts que le créancier pouvait légalement exiger; par conséquent, s'ils avaient été stipulés par un contrat antérieur à la loi du 3 septembre 1807, et à un taux supérieur à celui fixé par cette loi, le subrogé pourrait les exiger, conformément à la stipulation.... » (T. XII, n° 138.)

Telle est aussi la doctrine de M. Gauthier, dans son *Traité de la Subrogation* (n°s 59 et 180).

335. — Nous n'hésitons pas, au contraire, à penser que le subrogé ne pourrait réclamer les intérêts que conformément à la nature de sa créance ou d'après le taux fixé par la loi du 3 septembre 1807 :

1° C'est un principe fondamental de notre matière,

que la subrogation a seulement pour but de procurer, d'une manière plus efficace, au subrogé, le recouvrement de la créance, qui résulte, à son profit, de l'avance qu'il a faite, et de l'indemnité, qui lui est due pour cette avance :

« *Là où s'arrête l'action qui lui appartient de son chef, là s'arrête la fiction de droit, qui le fait considérer comme cessionnaire de la créance originaire,* » a fort bien dit Mourlon (p. 26).

Or, en quoi consiste l'avance, que le subrogé a faite, et l'indemnité, qui lui est due?

Elle consiste dans le capital, qu'il a payé, et dans les intérêts, qu'il aurait pu retirer de ce capital, conformément à la loi en vigueur, lorsqu'il en a fait l'avance.

Donc, le subrogé n'a droit qu'au remboursement de ce capital et des intérêts à cinq pour cent, qu'il peut seulement produire.

2° Il ne pourrait pas demander des intérêts plus élevés, sans violer la loi du 3 septembre 1807!

D'après cette loi, aucune créance résultant d'un prêt qui a pris naissance postérieurement à sa promulgation, ne peut produire des intérêts plus élevés.

Or, la créance du subrogé, celle, qui fait son titre, à lui ! a pris naissance postérieurement à cette loi ; puisque nous supposons qu'il n'a payé le créancier avec subrogation que depuis le 3 septembre 1807.

Il est donc évident que la loi elle-même s'oppose à ce qu'il obtienne de cette créance, dont la cause vient de naître sous son empire, des intérêts supérieurs au taux qu'elle a fixé.

La subrogation ne peut rien contre une telle argumentation.

Ce n'est pas elle qui crée la créance du subrogé ! ce n'est pas elle qui est sa cause !

Cette créance du subrogé a sa cause, à elle ! cause toute nouvelle, et qui résulte du payement, qui a été fait.

La subrogation n'est qu'une garantie de recouvrement, dans la limite de la somme que le subrogé a payée, et de l'indemnité qui lui est due pour ce payement; limite au delà de laquelle sa prétendue créance serait sans cause!

3° La preuve en est de toute évidence dans le second cas de subrogation prévu par l'article 1250.

Apparemment, le nouveau prêteur ne pourrait pas demander au débiteur des intérêts à dix pour cent, lors même que la créance pour le payement de laquelle il a prêté ses fonds, les produirait, n'ayant pu stipuler, lui, que des intérêts à cinq pour cent.

Ce serait de sa part une violation manifeste de la loi du contrat! (Art. 1134.)

Le même argument est aussi probant, si le payement a été fait par un mandataire, par une caution, par un gérant d'affaires.

Comment le mandataire, ou la caution, ou le gérant pourraient-ils réclamer des intérêts supérieurs au taux légal, pour l'avance qu'ils auraient faite! (Comp. art. 1375, 2001, 2028.)

Reste donc le cas prévu par le numéro 1 de l'article 1250, où la subrogation est consentie par le créancier au profit d'un tiers, qui le paye.

Mais, au point où nous en sommes, il est, nous l'espérons, démontré que la même solution est applicable à ce cas de subrogation comme à tous les autres, dès qu'il est reconnu qu'il y a eu, non pas une cession, mais un payement. (Comp. *supra*, n° 328; Delvincourt, t. II, p. 773; Toullier, t. IV, n° 137; Duvergier, h. l. note *a*, et *de la Vente*, t. II, n° 234; Mourlon, p. 26-27; Larombière, t. III, art. 1250, n° 88.)

336. — VII. Dans le transport-cession, l'objet de la créance demeure, bien entendu, le même, entre les mains du cessionnaire, qu'il était entre les mains d cédant.

Et c'est, en effet, le même objet, que le cédant aurait pu demander au débiteur, que le cessionnaire peut aussi lui demander.

Il n'en est pas ainsi dans la subrogation.

De même que la créance du subrogé a une cause nouvelle, elle a un objet nouveau.

Paul était créancier de Pierre, d'une rente produisant des arrérages de 4000 fr.

Et j'ai payé à Paul le capital de cette rente, soit 80 000 fr., avec subrogation.

Quel est l'objet de ma créance contre Pierre?

Une rente produisant des arrérages de 4000 fr.?

Non pas!

Ma créance a pour objet le capital de 80 000 fr. que j'ai avancé dans l'intérêt de Pierre, par mon payement, et dont cette avance m'a rendu créancier envers lui.

Réciproquement, supposons que Paul était créancier de Pierre d'un capital exigible de 80 000 fr. et que Pierre l'ait payé avec un capital que je lui ai prêté, à cet effet, avec subrogation, et qui a été, d'après notre convention, constitué en une rente aux arrérages de 4000 fr.

Je serai créancier de Pierre, non pas d'un capital exigible de 80 000 fr., mais bien d'une rente produisant des arrérages de 4000 fr.

337. — Pothier enseignait, en effet, cette doctrine, dans le cas que nous venons de supposer, où la subrogation est consentie par le débiteur au profit d'un nouveau créancier.

Il décidait que « les droits de l'ancien créancier ne passent pas alors au nouveau tels et dans la même nature qu'ils étaient, mais modifiés et comme convertis en la nature de la créance, qui résulte du contrat intervenu entre le nouveau créancier et le débiteur. » (*Introduct.* au tit. XX de la Cout. d'Orléans, n° 85.)

Mais l'excellent auteur faisait, sur ce point, une diffe-

rence entre la subrogation consentie par le débiteur et *les autres subrogations*, qu'il appelait *les subrogations ordinaires ;* et quant à celles-ci, sa doctrine était toute différente.

« Dans les subrogations ordinaires, disait-il, lorsque, par exemple, un débiteur de rente foncière rachète la rente et se fait subroger aux droits du créancier, les droits de ce créancier lui passent dans la nature du droit de rente foncière; il devient, par la subrogation, un vrai créancier de rente foncière et peut exercer, contre ses co-débiteurs, tous les droits qui sont propres aux seigneurs de rente foncière. » (*Loc. supra cit.*)

On trouve la même doctrine dans son *Traité des Obligations ;* supposant que la caution d'une rente a racheté la rente avec subrogation, il décide, d'après Dumoulin (*De Usuris, quæst.* 311, *n*os 248-249) :

1° Que, au moyen de cette subrogation, elle peut faire revivre la rente contre le débiteur;

2° Que « néanmoins, elle peut encore, en ne faisant pas usage de cette subrogation, répéter du débiteur principal, la somme qu'elle a payée pour ce rachat. » (T. I, n° 445.)

Si considérable que soit l'autorité de Dumoulin et de Pothier, nous ne croyons pas que cette théorie soit admissible dans notre droit nouveau :

D'abord, parce qu'elle y perpétuerait, entre les causes d'où la subrogation procède, une distinction qui ne peut plus être faite (comp. *supra*, n° 324) ;

Ensuite, parce qu'elle ne nous paraît pas satisfaisante.

Voici donc ce que nous dirons à cette caution, qui, après avoir payé au créancier le capital de la rente avec subrogation, prétend exercer, à son choix, contre le débiteur, soit l'ancienne créance de rente, soit la nouvelle créance résultant de son cautionnement :

Ou vous avez acheté la rente;

Ou vous l'avez payée.

Dans le premier cas, vous n'avez que la créance de rente;

Dans le second cas, vous n'avez que la créance résultant de votre payement.

C'est l'une *ou* l'autre;

Ce ne peut pas être l'une *et* l'autre!

Et nous emprunterons les expressions de Pothier lui-même, en affirmant que *ce sont là deux droits absolument incompatibles.*

Il est vrai que, dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'elle a payé le capital de la rente, la caution est subrogée aux droits du créancier ; et nous reconnaissons que cette subrogation lui transmet non-seulement les accessoires de la créance, mais aussi la créance elle-même.

Oui! mais la subrogation ne lui transmet la créance et ses accessoires que pour une certaine fin, à savoir : pour garantir le recouvrement de sa créance nouvelle; elle ne lui transmet la créance ancienne que comme un auxiliaire de la nouvelle créance;

Laquelle demeure toujours la seule créance, avec la cause et l'objet qui lui sont propres, dont le subrogé ait le droit d'exercer le recouvrement (comp. Renusson, chap. VI; Mourlon, p. 33-35).

338. — VIII. Les développements, qui précèdent, ont d'avance préparé la solution d'une dernière question que nous voulons résoudre encore, afin de mettre en relief le véritable caractère de la subrogation, à savoir :

Quelle est la prescription applicable à la créance du subrogé?

Et quel est le point de départ de cette prescription?

La dette, qui a été payée avec subrogation, était, par exemple, une dette de fermages, qui, aux termes de l'article 2227, se prescrit par cinq ans.

Et il ne restait plus qu'un an à courir, pour que la prescription fût accomplie, lorsque le payement a été fait avec subrogation par un tiers, au nom du débiteur.

La créance du subrogé sera-t-elle soumise à la même prescription que la créance par lui payée?

En conséquence, s'il laisse expirer un an sans poursuites contre le débiteur, à compter du payement fait par lui, son action sera-t-elle prescrite?

Ou, au contraire, la créance du subrogé sera-t-elle soumise seulement à la prescription de trente ans, suivant le droit commun (art. 2262);

Laquelle prescription ne commencera à courir que du jour où la nouvelle créance aura pris naissance par le payement?

Cette dernière solution est, à notre avis, celle qu'il faut admettre :

1° Quelle est la créance du subrogé contre le débiteur, sa créance directe, principale?

C'est celle qui résulte, à son profit, du payement par lequel il l'a libéré, et qui a pour cause ce payement même;

Or, cette créance ne date, en effet, que du payement; et elle n'est prescriptible que par trente ans;

Donc, la prescription de trente ans, qui lui est seule applicable, ne peut commencer à courir que du jour du payement qui l'a fait naître.

La subrogation a transmis sans doute au subrogé les droits et actions du créancier par lui payé; sa créance donc elle-même aussi bien que ses garanties.

Mais ce n'est pas cette créance qui forme son titre; cette créance est elle-même devenue un accessoire de la créance nouvelle, destinée désormais à en garantir le recouvrement.

2° Cette démonstration acquiert, en effet, suivant nous, le caractère de l'évidence, quand on l'applique aux différents cas, dans lesquels la subrogation peut avoir lieu.

Supposons que le payement a été fait : — soit par le débiteur, avec des deniers empruntés à un tiers sous condition de subrogation; — soit par le tiers lui-même, directe-

ment, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, ou par suite d'un cautionnement.

N'est-il pas manifeste que la créance née au profit du subrogé, soit du contrat de prêt, soit du contrat de mandat ou de cautionnement, aura une durée de trente ans, à partir du jour du prêt ou du payement !

Il en sera de même de la créance à laquelle il est subrogé et de ses accessoires.

Car le payement qui a été fait par le débiteur avec les fonds empruntés au subrogé, ou le mandat, qu'il lui a donné, constitue une reconnaissance, qui a interrompu la prescription.

339. — Doit-il en être autrement dans le cas où le payement a été fait par un tiers, simple gérant d'affaires du débiteur?

Mourlon semble d'abord le penser ainsi :

« Son action *negotiorum gestorum*, dit-il, se prescrira par le laps de temps qui restait à courir pour compléter la prescription de l'ancienne dette; autrement, le payement constituerait, non plus une gestion d'affaires, mais un acte préjudiciable pour le débiteur, puisqu'il aurait pour résultat de substituer à une créance très-ancienne, sur le point peut-être d'être prescrite, une créance, qui ne serait prescriptible que par trente ans » (p. 35-36 et p. 132-136).

Mais il est facile de voir que cette doctrine est trop générale.

Aussi, le savant auteur ne s'y tient-il pas; et il ajoute :

« S'il est démontré que le payement était urgent, que le débiteur ne s'est décidé à le faire qu'en vue de l'intérêt bien entendu du débiteur absent, pour empêcher des poursuites onéreuses, par exemple, une expropriation imminente, l'utilité évidente de la gestion équivaut au mandat; mandat, que la loi elle-même donne au nom du débiteur.... » (*Loc. supra cit.*)

Sans aucun doute !

Tout se résume donc en ceci :

L'affaire du débiteur a-t-elle été bien gérée par ce tiers, qui, sans mandat, a payé pour lui le créancier avec subrogation ?

Si la réponse à ce point de fait est affirmative, il ne faut pas hésiter, en droit, à répondre que, dès le jour de ce payement, une créance nouvelle est née au profit du tiers gérant; créance semblable à celle *qui résulterait d'un mandat exprès*, qui lui aurait été donné par le débiteur (art. 1372).

II.

DANS QUELS CAS LA SUBROGATION PEUT AVOIR LIEU.

SOMMAIRE.

340. — La subrogation est conventionnelle ou légale.
341. — Division.

340. — Aux termes de l'article 1249 :

« La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce-personne, qui le paye, est conventionnelle ou légale. »

Ainsi, la subrogation peut procéder :

Soit de la convention des parties ;

Soit de la loi.

Elle est donc, à ne considérer que sa cause originaire, de deux sortes, comme dit notre texte : conventionnelle ou légale.

341. — Nous allons nous occuper successivement de l'une et de l'autre.

A.

DE LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE.

SOMMAIRE.

342. — La subrogation conventionnelle peut être consentie, soit par le créancier, soit par le débiteur. — Division.

342. — L'article 1250 est ainsi conçu :

« Cette subrogation est conventionnelle :

1° Lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce-personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur; cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le payement;

2° Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier.

Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. »

La subrogation conventionnelle est donc elle-même de deux sortes :

L'une, qui est consentie par le créancier;

L'autre, qui est consentie par le débiteur.

Il importe aussi d'examiner séparément chacune d'elles.

I.

DE LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE, QUI EST CONSENTIE PAR LE CRÉANCIER.

SOMMAIRE.

343. — Exposition.
344. — Suite.
345. — Suite.
346. — Division.
347. — a. — Par qui et au profit de qui cette subrogation conventionnelle peut-elle être consentie ? — Le créancier qui est capable de recevoir le payement, est capable de consentir la subrogation.
348. — En est-il de même du mandataire légal ou conventionnel du créancier ?
349. — Suite.
350. — Suite.
351. — Cette subrogation peut être consentie au profit de toute personne, qui offre de payer le créancier avec ses propres deniers.

343. — Précisons d'abord le fait, auquel s'applique ce premier cas de subrogation conventionnelle; il est très-simple.

Paul est débiteur, envers Pierre, d'une somme de 50 000 francs.

Pierre, qui veut être remboursé, le menace.

Mais Paul n'a pas d'argent; il est dans l'impossibilité de payer.

Je vais alors trouver Pierre; et j'offre de lui payer, pour Paul, qui est mon parent peut-être ou mon ami, la somme qui lui est due, s'il veut consentir à me subroger à ses droits.

Pierre accepte ; et, en recevant de moi le payement de la somme, qui lui est due par Paul, il consent, à mon profit, la subrogation conventionnelle.

Voilà certainement la scène, que le législateur a en vue, dans l'article 1250, 1°.

Il n'est pas sans intérêt de le remarquer.

Deux personnes seulement y figurent : le tiers, qui paye; et le créancier, qui reçoit.

344. — Ce qu'il est bon d'ajouter aussi, c'est que ce tiers, qui vient acquitter la dette pour le débiteur, *n'y est point intéressé* (art. 1236).

C'est un étranger !

Or, voici ce que Renusson entendait par ce mot :

« Nous appelons *étranger*, disait-il, celui qui n'est ni débiteur, ni caution du débiteur, ni créancier du même débiteur, ni acquéreur, ni détempteur de la chose obligée. Si tel étranger paye pour un débiteur, son payement peut avoir deux causes : ou celle de faire plaisir au débiteur, le libérer purement et simplement, arrêter la poursuite de son créancier, et acquitter une dette qui lui serait onéreuse et produirait de gros intérêts; ou l'étranger fait le payement plutôt pour son intérêt particulier que pour celui du débiteur, voulant avoir les droits et hypothèques du créancier, acquérir la dette et colloquer son argent, et avoir des intérêts. » (Chap. X, n° 1.)

Avons-nous besoin de dire qu'il s'agit ici d'un tiers

agissant dans l'intérêt du débiteur, *pour lui faire plaisir, et pour le libérer?*

Tout payement avec subrogation est, en effet, un payement fait pour la libération du débiteur.

345. — Voilà bien ce qui explique pourquoi ce tiers, *cet étranger,* ne peut pas contraindre le créancier à le subroger.

Il pourrait le contraindre à recevoir son payement purement et simplement, s'il le lui offrait, dans l'intérêt du débiteur, sans condition de subrogation (comp. *supra* n° 64).

Mais s'il y met cette condition, la résistance du créancier est invincible!

Par quel motif, en effet, le créancier pourrait-il être forcé de transmettre ses droits à un étranger?

Il ne faut pas oublier que le créancier ne se trouve en présence que de cet étranger, qui prétend lui forcer la main, pour obtenir la subrogation à ses droits.

Mais ses droits, ils lui appartiennent!

Et ce n'est que par sa volonté, qu'un tiers non intéressé peut les acquérir de lui.

C'est ce que Renusson ajoutait, en effet, très-justement :

« ... L'étranger, pour y être admis (malgré le refus du créancier), doit avoir le pouvoir ou le consentement du débiteur. » (*Loc. supra cit.*, n° 5.)

346. — Nous allons examiner sur ce premier cas de subrogation conventionnelle :

a. — Par qui elle peut être consentie, et au profit de qui;

b. — Sous quelles conditions et en quelle forme;

c. — Quel en est l'effet?

347. — *a.* Que le créancier, qui est capable de recevoir le payement, soit capable de consentir la subrogation au profit du tiers, qui le paye, cela est d'évidence.

Où serait, en effet, l'obstacle?

Est-ce que la subrogation peut jamais lui nuire?

En aucune manière! (Art. 1252.)

348. — Il en est de même du mandataire, légal ou conventionnel, du créancier, lorsque le mandat est général et comprend les actes d'administration (art. 1988).

Certainement donc, aussi, la subrogation peut être consentie par le tuteur, par le mari, par l'envoyé en possession provisoire, administrateur des biens du mineur, de la femme, de l'absent (comp. Riom, 10 juill. 1846, J. du P. 1846, t. II, p. 427; Mourlon, p. 14; Gauthier, n° 103).

349. — Mais c'est une question controversée, que celle de savoir s'il faut reconnaître aussi ce pouvoir au mandataire spécial, que le créancier a seulement chargé de recevoir le payement.

Voici l'huissier qui arrive chez Paul, débiteur de Pierre, avec mandat de recouvrer la créance, ou de saisir ses biens, à défaut de payement.

Paul est hors d'état de payer; et l'huissier, porteur du titre exécutoire, va procéder à la saisie, après le commandement préalablement fait, lorsque je lui offre de payer la dette de Paul, s'il consent à me subroger aux droits de Pierre, son créancier.

L'huissier me subroge, en recevant la somme, que je lui paye.

Cette subrogation est-elle valable?

Non! a-t-on répondu :

La subrogation, dont il s'agit, ne peut être que le résultat d'une convention entre le créancier et le tiers, qui paye; il y faut nécessairement le consentement du créancier.

Or, le créancier n'a pas consenti, ni par lui-même, ni par son mandataire, qui n'avait pas reçu le pouvoir de consentir pour lui.

D'où l'on conclut que l'huissier a excédé son mandat, et *que les tiers intéressés seraient fondés à opposer au prétendu subrogé la nullité de sa subrogation* (comp.

Cass., 2 août 1848, Quinquandon, Dev., 1848, I, 695; Larombière, t. III, art. 1250, nos 8 et 30; Gauthier, n° 104 *bis*).

350. — Nous ne croyons pas que cette conclusion soit juridique.

Ce n'est pas que nous prétendions que le mandataire spécial chargé par le créancier de recevoir le payement, ait le pouvoir de consentir la subrogation.

Notre avis est, en effet, que ce pouvoir n'est pas compris dans son mandat, et que, dès lors, la nullité de la subrogation qu'il aurait consentie, peut être proposée.

Mais par qui cette nullité est-elle proposable?

Voilà, suivant nous, la vraie question.

Et ce que nous pensons, contrairement aux jurisconsultes dissidents, que nous venons de citer, c'est que la nullité ne peut en être proposée que par le créancier qui ne voudrait pas accepter le payement que son mandataire a reçu pour lui, sous la condition de subrogation :

1° Il nous paraît d'abord incontestable que la nullité de cette subrogation ne pourrait être demandée par aucun autre, si le créancier l'avait ratifiée expressément ou tacitement; comme, par exemple, en encaissant les fonds, qui auraient été versés aux mains de l'huissier par le tiers subrogé.

Et cela est, en effet, incontesté.

« Cependant, dit M. Gauthier, si, en pareil cas, le créancier ratifiait plus tard la subrogation consentie en son nom à l'instant même du payement, je pense que cette subrogation ne pourrait être annulée.... » (N° 104 *bis;* ajout. les arrêts cités *infra.*)

Eh bien ! la question est, à notre avis, résolue par cela même, ou plutôt elle disparaît.

De deux choses l'une :

Ou le créancier refuse de ratifier la subrogation et d'accepter le payement, sous la condition qui y a été mise;

Et alors on est d'accord pour reconnaître que la nullité en pourra être demandée :

Ou le créancier ratifie la subrogation, qui a été consentie par son mandataire;

Et alors, aussi, on est d'accord pour reconnaître que la nullité n'en pourra plus être demandée.

C'est que le mandataire, en tant qu'il excédait son mandat, agissait du moins comme gérant d'affaires du créancier;

Or, le créancier, ayant ratifié ce que le gérant a fait pour lui, est réputé lui en avoir donné le mandat, dès le principe.

Telle est la conséquence de la règle :

Ratihabitio mandato æquiparatur (comp. art. 1121, 1375 et 1998; et le t. I de ce *Traité*, n° 240).

2° Il s'agit, en effet, d'une opération indivisible.

Proposer, comme on l'a fait dans une plaidoirie (Dev., 1856, 2, 328), de maintenir le payement, qui a été fait aux mains de l'huissier par le tiers intervenant, sous la condition consentie par lui de la subrogation, et d'annuler cette subrogation, cela est impossible, juridiquement et équitablement !

Ce payement est donc à maintenir tout entier, ou tout entier à annuler.

Et lorsque le créancier l'accepte, il faut nécessairement qu'il soit maintenu tel qu'il a été fait.

3° Nous voudrions, enfin, ajouter un argument, que le caractère essentiel de la subrogation nous inspire.

C'est que la doctrine dissidente prétend l'arrêter ici, dans l'une de ses applications, nous allions dire dans l'un de ses élans les plus dignes d'encouragement, et qui révèlent le mieux l'esprit de bienfaisance, qui l'anime !

Comment! c'est au moment où le débiteur va être saisi, où sa ruine, peut-être irréparable, va s'accomplir, qu'un tiers, venant pour le sauver en payant pour lui, avec

subrogation, rencontrerait, dans le défaut de pouvoir de l'huissier, un obstacle insurmontable!

Nous aimons bien mieux dire que l'huissier pourra consentir la subrogation, sous la condition de la ratification ultérieure du créancier (comp. Colmar, 21 déc. 1832, Dev., 1833, II, 251; Nancy, 3 mai 1856, Coche, Dev., 1856, II, 327; Cass., 7 avril 1858, Malo, Dev., 1858, I, 810; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 170).

351. — Cette subrogation peut d'ailleurs être consentie au profit de toute personne, du *premier venu*, dit M. Larombière, qui offre de payer le créancier avec ses propres deniers (comp. *supra*, n° 343).

352. — Il n'est pas nécessaire que les deniers soient remis au créancier par le tiers lui-même personnellement.

Il suffit que le créancier soit payé avec des deniers, qui lui appartiennent.

C'est ainsi que la subrogation peut avoir lieu, dans le cas où le créancier a reçu son payement, en vertu d'un droit de préférence, sur des deniers qui appartenaient, en effet, au tiers subrogé, parce qu'ils provenaient de la vente de l'un de ses biens :

« Attendu, dit justement la Cour de cassation, qu'il importe peu que la subrogation consentie au profit de Crapez, ait eu pour cause, non un remboursement fait directement par lui, mais, ce qui revient au même et produit des effets semblables, un payement sur des fonds qui, sauf l'exercice du privilége antérieur des héritiers d'Aligre, appartenaient à Crapez comme étant le prix de son terrain et de ses constructions.... » (14 déc. 1864, Crapez, Dev., 1865, I, 188.)

353. — Quant à la capacité requise dans le tiers qui paye, il est clair que toute personne qui peut payer la dette d'un autre sans subrogation, peut, *à fortiori*, la payer avec subrogation, c'est-à-dire avec une stipulation qui lui assure d'autant mieux le recouvrement de l'avance qu'elle fait pour le débiteur.

354. — La subrogation peut être stipulée soit par le tiers lui-même, qui paye, soit par le mandataire, qu'il a chargé de payer pour lui, sous condition de subrogation.

Mais supposons que le mandataire, qui avait été charge par le tiers de payer le créancier, sans subrogation, a stipulé, au contraire, du créancier la subrogation conventionnelle ?

Oh ! c'est alors surtout que nous considérerons le mandataire comme un gérant d'affaires; et la convention de subrogation sera, en conséquence, valable, si le tiers mandant la ratifie (comp. *supra*, nº 350).

355. — Nous avons remarqué que le créancier qui reçoit, et le tiers, qui paye, sont les seuls acteurs que la loi met en scène dans ce premier cas de subrogation conventionnelle (*supra*, nº 313).

Le numéro 2 de l'article 1250, relatif au second cas de subrogation conventionnelle, dispose que :

« Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. »

Nous pourrions dire réciproquement dans le numéro 1 de notre article, que :

« Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du débiteur. »

Sa présence n'est donc pas nécessaire.

Mais le voici pourtant ! il accompagne le tiers bienveillant qui vient payer, pour lui, son créancier.

Apparemment, sa présence ne saurait être un obstacle !

Si le créancier consent à subroger ce tiers, qui vient le payer avec ses deniers, la subrogation sera parfaitement valable, lors même que la quittance délivrée par le créancier au tiers, de qui il reçoit son payement, s'adresserait également au débiteur (comp. *infra*, nº 361).

356. — Allons plus loin.

C'est le débiteur lui-même, qui vient seul payer son

créancier, et le payer, dit-il, non point avec des deniers qui lui appartiennent, mais avec des deniers qui appartiennent à un tiers, et que ce tiers lui a remis pour qu'il payât le créancier, en stipulant, à son profit, la subrogation conventionnelle du numéro 1 de l'article 1250.

Le créancier consent à recevoir les deniers sous cette condition; et en même temps qu'il les reçoit de Paul, le débiteur, qui est seul présent, il donne une quittance, avec subrogation, à Pierre, qui est absent, et auquel appartiennent, d'après la déclaration de Paul, les deniers qu'il reçoit en payement.

La subrogation, ainsi consentie, est-elle valable?

Cette hypothèse, qui s'est présentée plusieurs fois dans notre pratique moderne, avait aussi soulevé des difficultés dans l'ancienne pratique; et il sera intéressant de rappeler les traditions, qu'elle nous a léguées.

357. — Déjà, en Droit romain, Ulpien s'était demandé s'il fallait que l'argent fût remis directement, de suite, à l'ancien créancier par le créancier nouveau qui allait prendre sa place; ou s'il pouvait passer, de l'un à l'autre, par les mains du débiteur... *per debitoris personam?*

Et, en répondant que, régulièrement, c'est par le créancier nouveau que l'argent doit être remis à l'ancien créancier, il admettait toutefois, *benignè,* qu'il pouvait lui être remis aussi par le débiteur, si le débiteur, en effet, le lui remettait sans intervalle et aussitôt qu'il l'avait lui-même reçu... *si modo non post aliquod intervallum* (L. 24, § 3, ff. *De reb. auct. jud. possid.*).

Renusson adopta cette doctrine, qu'il justifiait par une explication, un peu étendue peut-être, mais excellente, et que nous croyons devoir citer, parce qu'elle est puisée dans les principes les plus vrais de la subrogation.

Le savant auteur remarque d'abord (ce qui est de toute évidence) combien est imprudent ce mode de procéder :

« L'emploi et la subrogation, disait-il, font la sûreté de celui qui prête son argent. Mais, entre ceux qui veulent bien prêter leurs deniers, il y en a qui ont la facilité d'en confier l'emploi à celui qui les emprunte; ils se contentent de la promesse de les employer et d'en rapporter quittance du créancier, contenant déclaration et subrogation à leur profit. Ils se reposent ainsi sur la foi de ceux qui empruntent leurs deniers; ils n'y veillent pas eux-mêmes et ne s'en donnent pas le soin. Mais, à bien considérer cela, il n'y a pas grande sûreté pour celui qui prête ainsi ses deniers et qui n'en fait pas ou qui n'en voit pas lui-même faire l'emploi; il est en danger de n'avoir point de subrogation et court grand risque de perdre son dû. » (Chap. XI, n° 2.)

Et il ajoutait :

« En effet, ceux qui ont voulu s'attacher aux règles et suivre le droit étroit de la subrogation pour empêcher les fraudes, ont dit qu'il ne devait y avoir de subrogation, quand celui qui prêtait ses deniers, en confiait au débiteur l'emploi, dans le cas même où le débiteur avait exécuté la convention et avait fait l'emploi convenu; par la raison que celui qui a prêté ses deniers, a suivi entièrement la foi du débiteur, lequel, en étant devenu maître, en a pu disposer et a pu les consommer ou dissiper; s'étant confié à celui qui avait emprunté ses deniers et ayant suivi sa foi, il est vrai de dire qu'il s'est contenté de son obligation, et que, s'il veut avoir la subrogation aux droits d'un ancien créancier, il doit faire l'emploi de ses deniers et les délivrer lui-même au créancier auquel il voulait être subrogé, afin qu'il ne puisse y avoir fraude. » (N° 5.)

« . . . . C'est pourquoi, dans le cas proposé d'un étranger qui confie l'emploi de ses deniers au débiteur, la subrogation ne peut avoir lieu, si le débiteur ne fait le payement à l'instant et sans intervalle de temps, au créancier; autrement, il pourrait y avoir fraude. » (N° 8.)

358. — Cette doctrine doit encore être, suivant nous, celle de notre droit nouveau :

1° Parce que, d'après le texte de l'article 1250 1°, c'est directement par le tiers qui paye, que les deniers doivent être remis au créancier ;

2° Parce que, d'après les principes, ces deniers, s'ils sont remis par le tiers au débiteur, deviennent, en effet, la propriété de celui-ci, et que l'on est, dès lors, fondé à dire, avec nos anciens auteurs, que le tiers, en les lui remettant, a suivi sa foi, et s'est ainsi réduit lui-même à son obligation personnelle ;

3° Parce que, enfin, cette pratique, qui permettrait de faire parvenir les deniers au créancier *per debitoris personam*, pourrait être une occasion facile de fraudes.

La loi a prévu le cas où c'est le débiteur lui-même qui reçoit les deniers d'un tiers, sous condition de subrogation, pour les remettre ensuite à son créancier ; elle l'a prévu ; et elle l'a réglé spécialement, en exigeant que l'emprunt soit constaté par un acte passé devant notaire, afin précisément que l'origine des deniers se trouve établie, comme disait Renusson, *certainement et incontestablement* (*loco supra cit.*).

Or, vous n'avez pas fait dresser un acte d'emprunt notarié ;

Donc, vous êtes également en dehors du numéro 1 et du numéro 2 de l'article 1250 ; et vous ne pouvez invoquer ni l'une ni l'autre espèce de subrogation conventionnelle.

Vous n'êtes pas dans le numéro 1, puisque ce n'est pas le tiers qui a remis les deniers au créancier ;

Et vous n'êtes pas davantage dans le numéro 2, puisque vous n'avez pas satisfait à la condition qu'il exige (comp. *infra* n° 427 ; Cass., 19 avril 1831, Dev., 1831, I, 432 ; Cass., 15 février 1832, Dev., 1832, I, 792 ; Cass., 19 déc. 1863, Lecoq, Dev., 1864, I, 177 ; Gauthier, n° 167 ;

Larombière, t. III, art. 1250, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 169-170).

359. — Ces motifs sont tels, à nos yeux, qu'il nous paraît permis d'avoir des doutes sur l'exactitude d'un amendement, d'après lequel la subrogation devrait être déclarée valable, dans le cas où les deniers qui ont été remis par le tiers au débiteur, auraient été remis, de suite et sans intervalle, par le débiteur au créancier.

Cet amendement était, il est vrai, admis par Ulpien, *benignè*, et par Renusson de même, *bénignement et favorablement* (*loc. supra cit.*).

Mais est-il bien conforme aux textes précis qui régissent aujourd'hui, pour nous, cette matière?

Pour notre part, nous ne conseillons pas au prêteur de procéder ainsi!

360. — Supposons pourtant que le débiteur, en apportant au créancier les deniers, qu'il déclare appartenir au tiers, qui consent à payer sa dette avec subrogation, se présente au nom de ce tiers et comme son mandataire.

Est-ce que la subrogation, si le créancier consent à l'accorder dans ces conditions, ne sera pas valable?

Le tiers peut payer le créancier, avec ses propres deniers, soit par lui-même, soit par un mandataire; c'est un point que nous avons constaté (*supra*, n° 354);

Or, il est libre de choisir tel mandataire que bon lui semble; et aucun texte ni aucun principe ne fait obstacle à ce que son choix se porte sur le débiteur;

Donc, celui-ci peut, en effet, lorsqu'il apporte les deniers, non pas comme les ayant empruntés, mais comme les ayant reçus à titre de dépôt ou de mandat, les payer au créancier, au nom de son mandant, avec subrogation.

L'argument est en forme.

Et telle est la conclusion de M. Larombière, qui en-

seigne qu'il faut *prendre alors le débiteur en la qualité qu'il agit* (t. III, art. 1250, n° 7).

Cette conclusion paraît, en effet, logique, en admettant, bien entendu, que la situation soit exempte de fraude, et que l'on n'ait pas employé ce moyen pour déguiser l'existence d'un prêt antérieurement fait, sous l'apparence mensongère d'un simple mandat. (Comp. Cass., 30 juil. 1838, Genissieux, Dev., 1838, I, 673; Cass., 12 févr. 1840, Aumont, Dev., 1840, I, 529.)

Et encore, devons-nous ajouter que cette pratique est, suivant nous, périlleuse; car elle peut favoriser les fraudes!

361. — Nous avons tout à l'heure supposé que le tiers, qui vient payer le créancier de ses propres deniers, se présente, accompagné du débiteur (*supra*, n° 355).

Et nous avons dit que la présence du débiteur, qui n'est pas nécessaire, ne fait néanmoins pas obstacle à la subrogation, si le créancier consent à l'accorder au tiers, qui lui offre son payement sous cette condition.

Mais supposons que le créancier refuse de consentir la subrogation au profit du tiers.

Si ce tiers était seul, devant lui, il ne pourrait certainement pas vaincre sa résistance (*supra*, n° 62).

Pourra-t-il la vaincre, avec le concours du débiteur, si celui-ci déclare qu'il adhère au payement, que le tiers veut faire, pour lui, avec subrogation?

L'affirmative semblerait bien raisonnable:

1° Pourquoi, en effet, le créancier ne peut-il pas être forcé par le tiers, qui lui offre son payement, de consentir la subrogation?

C'est surtout, avons-nous dit, dans l'intêret du débiteur, afin que ce tiers ne puisse pas se procurer ainsi le moyen de satisfaire contre lui peut-être quelque haine, et de le tourmenter.

Or, ce motif disparaît, dès que le débiteur lui-même demande que le tiers soit subrogé.

2° Quel est donc alors l'intérêt du créancier à refuser la subrogation ?

Il n'en a pas !

Sa résistance ne peut venir que d'un motif répréhensible et inavouable, celui de forcer le débiteur à faire inutilement les frais de deux actes authentiques, conformément au numéro 2 de l'article 1250; tandis qu'une simple quittance sous seing privé suffirait, conformément au numéro 1 de cet article !

Se peut-il que le législateur favorise une telle attitude, qui blesse si ouvertement le principe sur lequel la subrogation, tout entière repose, principe d'équité, de bienfaisance !

Et pourtant, il ne nous paraît pas possible d'obtenir la subrogation contre la volonté du créancier, cette subrogation disons-nous, qui est admise par le numéro 1 de l'article 1250 :

1° La subrogation, dont il s'agit, est conventionnelle;

Or, comment se pourrait-elle accomplir sans le consentement du créancier !

« La subrogation par quittance, dit M. Larombière, dépend naturellement de la volonté du créancier » (t. III, art. 1250, n° 17).

Ce n'est, en effet, que du second cas de subrogation conventionnelle, que l'article 1250 dispose *qu'elle s'opère sans le concours de la volonté du créancier ;*

Donc, le premier cas, au contraire, exige le concours de la volonté du créancier.

2° On convient que le tiers, l'*étranger,* qui offre au créancier son payement, ne peut pas le forcer à consentir à son profit la subrogation.

Comment donc, dans cette même situation, le débiteur aurait-il le droit que le tiers n'a pas ?

Est-ce comme mandataire du tiers, qu'il se présente, offrant au créancier des deniers, qu'il déclare appartenir à ce tiers ?

Il ne pourrait alors avoir plus de droit que son mandant.

Et s'il se présente, en son propre nom, offrant au créancier des deniers, qu'il déclare lui appartenir, parce qu'il les a empruntés d'un tiers à l'effet de payer sa dette avec subrogation, eh bien! alors, nous ne sommes plus dans le numéro 1 de l'article 1250; nous sommes dans le numéro 2, qui exige, à cet effet, des formalités spéciales. Que le débiteur donc les remplisse!

« Attendu, dit la Cour de Cassation, qu'il est de principe que la subrogation conventionnelle est de droit étroit, en ce qu'elle fait revivre au profit d'un tiers, une créance éteinte par le payement; qu'elle doit donc être strictement restreinte dans les limites assignées par la loi....; Que l'obstacle était ici dans la loi, dont le texte précis ne laisse point à la disposition des parties ni à celle des tribunaux le soin d'établir les règles et les garanties, qui doivent assurer la validité d'une subrogation conventionnelle..... » (30 juill. 1838, Génissieux, Dev., 1838, I, 673).

Nous concluons donc que, en effet, la subrogation conventionnelle du numéro 1 de l'article 1250, ne peut pas avoir lieu, sans le consentement du créancier.

362. — Cette conclusion d'ailleurs n'a pas, en réalité, tous les inconvénients qu'elle semblerait peut-être présenter à première vue.

Le créancier refuse de subroger le tiers, qui est là, avec le débiteur, et qui lui offre son payement, au nom de celui-ci.

Eh bien! disons-nous, ni le tiers ni le débiteur, ensemble, ne peuvent pas contraindre le créancier à consentir, au profit de ce tiers, la subrogation conventionnelle dans les termes de l'article 1250, numéro 1.

Mais le mal n'est pas grand!

Puisque le tiers, qui fournit les fonds, et le débiteur, sont présents et d'accord, qu'ils aient recours à la subrogation conventionnelle du numéro 2 de cet article, qui

peut avoir lieu, celle-ci ! sans le concours de la volonté du créancier.

Rien ne sera plus simple.

Un seul acte, comme nous le verrons bientôt, suffira, dans ce cas, pour constater, tout à la fois, le prêt fait par le tiers au débiteur, avec la destination convenue, et le payement fait par le débiteur au créancier, suivant cette destination. (Comp. Cass., 11 juill. 1843, Villa, Dev., 1844, I, 379.)

363. — *b*. Quant à la forme dans laquelle cette subrogation du numéro 1 de l'article 1250 doit être faite, le texte n'en détermine, à vrai dire, aucune.

Il se borne à exiger deux conditions, à savoir :

1° Que la subrogation soit expresse ;

2° Qu'elle soit faite en même temps que le payement.

364. — 1° Il faut d'abord que la subrogation soit expresse, c'est-à-dire que l'intention, que les parties ont eue de l'opérer, soit certaine.

Dans le doute, le payement qui a été fait par le tiers, doit être considéré comme pur et simple.

La règle, en effet, c'est que le payement, par quelque personne qu'il soit fait, par un tiers ou par le débiteur, éteint purement et simplement la dette et ses accessoires.

La subrogation est une exception.

C'est donc à celui qui l'invoque, à en fournir la preuve.

On peut ajouter que la libération est favorable, et que, dès que le contraire n'est pas prouvé, le payement doit être considéré comme absolument extinctif de la dette.

Ces déductions sont d'ailleurs conformes au droit commun sur les règles qui gouvernent l'interprétation des conventions (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 23).

365. — Ce n'est pas à dire, pourtant, qu'il y ait rien de sacramentel, ni qu'une formule spéciale soit requise.

Ce qui est nécessaire, et ce qui suffit, c'est que les

termes employés pour exprimer la convention de subrogation, manifestent *clairement* l'intention du créancier de transmettre, en effet, ses droits et actions au tiers, qui le paye (arg. de l'art. 1273).

Déjà, plus d'une fois, nous avons reconnu que tel est, généralement, dans nos lois, le sens de ce mot : *expresse* (comp. notre *Traité des Successions,* t. IV, n° 232).

566. — Il n'est donc pas nécessaire que le créancier emploie le mot même : *subroger, subrogation.*

Cela est mieux sans doute ! si c'est, en effet, un payement avec subrogation, que l'un entend faire et l'autre recevoir, pourquoi ne pas le dire?

Mais enfin ce qui est plus prudent n'est pas indispensable.

Et le mot *subroger* peut être remplacé par des équivalents, dès que les équivalents sont non équivoques.

La quittance donnée par le créancier porte que le tiers est *mis à son lieu et place... qu'il est substitué à ses droits... qu'il pourra exercer ses droits,* etc.

Voilà, croyons-nous, des formules, qui suffisent pour exprimer la subrogation.

Mais il ne faudrait pas que le créancier, donnant quittance au tiers, se bornât à dire vaguement : *sauf son recours... ou sauf son action en répétition contre le débiteur...*; formules qui n'impliqueraient, en effet, généralement que le simple recours du droit commun (comp. Toullier, t. IV, n°s 121, 123; Duranton, t. XII, n° 118; Marcadé, art. 1250, n° 1 ; Mourlon, p. 216 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 190 *bis* 11 ; Gauthier, n°s 105, 106; Larombière, t. III, art. 1250, n°s 13, 14).

567. — Encore moins, doit-on exiger que la déclaration de subrogation énumère, à l'exemple de nos articles (1250, 1251), la nomenclature complète *des droits, actions, priviléges et hypothèques du créancier.*

La solution contraire a été admise, il est vrai, par la

Cour de Riom dans un arrêt déjà ancien (12 janv. 1809, Sirey, 1812, II, 200).

Mais il serait impossible de la justifier! car on n'aperçoit pas, en principe, ni en raison, pourquoi toutes ces redondances seraient nécessaires, lorsque d'ailleurs la volonté des parties d'opérer la subrogation est certaine.

Or, qui voudrait nier que leur volonté peut apparaître très-certaine, même par l'emploi d'un seul de ces mots!

Concluons donc, en effet, que l'emploi, même isolé de l'un ou l'autre de ces mots : *droits, actions*, *créance*, etc., pourrait emporter la subrogation complète à tous les droits et actions du créancier, tant contre le débiteur que contre les tiers (comp. Bourges, 19 juin 1838, *J. du P.*, 1838, t. II, p. 615; Cass., 4 fév. 1839, Duchateau, Dev., 1839, I, 107; Toullier, t. IV, n° 120; Mourlon, Marcadé, Gauthier, *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 171).

368. — 2° Il faut que la subrogation soit faite en même temps que le payement (*supra*, n° 361).

Le motif de cette seconde condition est d'évidence.

Si le payement avait eu lieu d'abord purement et simplement, il aurait éteint, en effet, purement et simplement la créance et ses accessoires.

Et la prétendue subrogation que l'on voudrait faire ensuite, *post aliquod intervallum*, manquerait complétement d'objet.... *cum nulla actio superfuerit,* disait fort bien Modestinus (L. 76, ff. *de solut et liberat.*).

Voilà l'argument logique.

Ajoutons cette considération non moins décisive, que les fraudes deviendraient par trop faciles, s'il était permis, sous prétexte de subrogation, de faire revivre, au préjudice des tiers, des créances et des garanties, qu'un payement pur et simple avait éteintes irrévocablement.

Aussi, doit-on tenir sévèrement à ce que cette condition soit observée.

Quel que soit l'intervalle, qui se serait écoulé entre le payement et la subrogation, fût-il même très-court, il faudrait déclarer nulle la subrogation, si, en effet, elle n'avait été consentie qu'après coup, lorsque la dette se trouvait éteinte par un payement pur et simple (comp. Renusson, ch. XII, n° 1 et suiv.; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 369).

369. — Ce qu'il y a de mieux, et ce que la prudence assurément conseille, c'est de rédiger la quittance subrogatoire au moment même où le payement s'effectue; de sorte que la quittance présente, dans l'unité de son contexte, le payement et la subrogation comme une seule et indivisible opération.

Voilà, disons-nous, ce qu'il est sage de faire, lorsqu'on le peut et que les circonstances le permettent.

Mais on ne le peut pas toujours; et parfois les circonstances s'y opposent.

370. — De là précisément la question de savoir si c'est là une condition nécessaire pour la validité de la subrogation?

En d'autres termes, s'il est nécessaire que l'acte de subrogation soit dressé immédiatement, au moment où les deniers sont versés par le tiers entre les mains du créancier?

Notre savant collègue, M. Colmet de Santerre, s'exprime ainsi :

« La convention de subrogation doit être contemporaine du payement; antérieure au payement, elle n'a pas sa raison d'être, puisque la loi l'autorise en vue du débiteur, et pour faciliter la libération de celui-ci; postérieure au payement, elle ferait revivre des droits éteints par le payement pur et simple et dont le créancier ne peut plus dès lors avoir la disposition » (t. V, n° 190 *bis*, 11).

Cette proposition est incontestable.

La subrogation est une modalité du payement; elle

constitue, pourrions-nous dire, sa manière d'être; elle en est donc inséparable; et il faut, en effet, qu'elle soit contemporaine du payement.

371. — M. Gauthier en conclut que :

« On ne pourait considérer la subrogation comme faite en même temps que le payement, si, au lieu d'être stipulée par la quittance même, elle était faite par un acte séparé, alors même que cet acte serait signé le même jour et à la même heure que la quittance. » (N° 109.)

Tandis que, d'après M. Larombière :

«.... La subrogation est parfaitement valable, quoique deux actes distincts aient été dressés, l'un pour l'établir, l'autre pour constater le payement, s'ils sont simultanés, ou si l'acte de subrogation a précédé la quittance même *ex intervallo*..... Que la subrogation, considérée comme convention, ne forme qu'un tout avec le payement, c'est ce que la loi veut pour éviter les fraudes; mais on est plus exigeant qu'elle, lorsqu'on veut qu'un seul acte renferme la quittance et la subrogation, et qu'on en subordonne la régularité à cette unité de contexte...» (T. III, art. 1250 n° 6; ajout. Toullier, t. IV, n° 116.)

Nous ne croyons pas, en effet, qu'il fallût nécessairement prononcer la nullité de la subrogation, parce que deux actes auraient été dressés, si, d'ailleurs, il était reconnu que le payement n'a été fait que sous la condition de subrogation, et que, par conséquent, la convention de subrogation est contemporaine du payement.

Le législateur n'exige que cela; car il n'a soumis à aucune condition de forme ce premier cas de subrogation conventionnelle.

Ce qu'il faut ajouter toutefois, c'est que cette manière de procéder est périlleuse.

Que pourrait-il arriver, en effet, dans le cas où la subrogation serait constatée par un acte distinct de la quittance?

C'est que les tiers pourraient soutenir que l'acte ren-

fermant la subrogation, doit être considéré, à leur égard, comme une contre-lettre qui ne leur est pas opposable, et qui n'établit pas contre eux, la preuve de simultanéité du payement et de la subrogation (art. 1321; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 172).

372. — Est-il indispensable que l'acte, qui renferme la quittance subrogatoire, soit rédigé immédiatement, au moment même où les deniers sont payés par le tiers au créancier?

Nous ne le pensons pas.

Le texte, en effet, ne l'exige pas ainsi, pas plus que les principes.

Il y a huit jours, par exemple, ou plus encore, que le tiers a payé le créancier avec ses deniers; et il l'a payé, cela est bien entendu, sous la condition concomitante de la subrogation.

Mais, à ce moment, on n'avait pas encore peut-être les pièces nécessaires pour la rédaction de la quittance; ou bien on voulait faire une quittance authentique; et le notaire était éloigné; ou, par tout autre motif enfin, on en a remis la rédaction à une époque ultérieure.

Puis, à l'époque convenue, l'acte constatant le payement antérieur, fait avec subrogation, a été rédigé.

Pourquoi un tel acte ne serait-il pas valable?

La simultanéité des deux éléments constitutifs de la subrogation, à savoir : du payement et de la convention de subrogation, ont certainement existé, puisque le payement n'a eu lieu que sous cette condition.

Ce que la loi exige, en effet, disait fort justement Devilleneuve, ce n'est pas *la simultanéité de fait*, la simultanéité matérielle, c'est *la simultanéité d'intention* (Dev. 1855, I, 769, notes 1, 2);

Or, l'intention qui a caractérisé le payement, existait, au moment où ce payement a eu lieu;

Donc, l'acte, qui a été ensuite rédigé, n'a fait que

constater la preuve de l'accomplissement antérieur de la condition requise par la loi.

Aussi, cette conclusion nous paraît-elle devoir être admise :

Non-seulement dans le cas où le payement antérieur des deniers aurait eu lieu dans des circonstances de nature à lui donner le caractère d'un dépôt provisoire plutôt que d'un véritable payement ; comme s'ils avaient été, en effet, déposés dans l'étude d'un notaire, jusques à la rédaction de la quittance (comp. Cass., 20 décembre 1865, Hubert, Dev. 1866, I, 201) ;

Mais même aussi dans le cas où les deniers auraient été payés par le tiers au créancier, hors la présence du notaire, rédacteur de la quittance, soit pour partie à titre d'à-compte, soit pour le tout, s'ils n'avaient été payés par l'un et reçus par l'autre que sous la condition de subrogation.

Le principe une fois posé, l'application n'est plus qu'une question de fait, une question de sincérité et de bonne foi ; et c'est ainsi que pourrait s'expliquer la diversité apparente des arrêts qui ont été rendus sur cette question (comp. *infra*, n° 415 ; Cass., 31 mai 1848, Collardeau, Dev. 1848, I, 427 ; Cass., 6 nov. 1854, Monnier, Dev. 1854, I, 756 ; Cass., 14 déc. 1858, Pernet, Dev. 1860, I, 987 ; Cass., 25 juil. 1865, Lagarde, Dev. 1865, I, 417 ; Duranton, t, XII, n° 116 ; Mourlon, p. 224 ; Larombière, t. III, art. 1250, n° 6 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 172 ; Gauthier, n° 110 et suiv.).

373. — Sans doute, il faut veiller sévèrement à cette condition de sincérité.

La subrogation devrait être déclarée nulle, si la quittance, en effet, au lieu de constater clairement la simultanéité du payement antérieur et de la subrogation, laissait, à cet égard, des doutes.

Il y aura lieu, en cas pareil, de tenir compte de toutes les circonstances du fait, de l'intervalle plus ou moins

long, qui se sera écoulé entre les versements de deniers et la rédaction de la quittance subrogatoire, comme aussi des termes plus ou moins précis de cette quittance.

Voici, par exemple, un acte de subrogation, qui porte que le créancier a été payé de la somme à lui due, *tant ci-devant que présentement, partie des deniers du débiteur, et partie des deniers du tiers subrogé.*

Cette subrogation ne saurait être valable :

«... Attendu que le vague de ces expressions ne permet pas de reconnaître quelle somme aurait été payée par le tiers subrogé au moment de la subrogation, ni même de savoir si une somme quelconque a été payée par lui à cette époque.... » (Cass. 13 août 1855, Grosset Dev. 1855, I, 779; comp. Cass. 30 juin 1830, Génissieux, Dev. 1838, I, 673; Limoges, 27 nov. 1841, Dumont, Dev, 1842, II, 298).

374. — Nous venons de reconnaître que l'acte constatant le payement et la convention de subrogation, qui l'a accompagné, peut suivre ce payement et être fait après. (*Supra*, n° 369.)

Pourrait-il le précéder ?

Cette hypothèse sera certainement plus rare; mais elle n'est pas impossible.

Et si elle se présentait dans des conditions de bonne foi et de vérité, nous n'apercevons pas, malgré le dissentiment de M. Gauthier, (n° 109 *bis*), ce qui s'opposerait à la validité de la subrogation stipulée ainsi d'avance, sous la condition du payement ultérieur.

Est-ce que, en effet, le payement ultérieur ne constitue pas alors l'accomplissement de la condition sous laquelle il avait été promis?

Évidemment oui !

De sorte que l'on est autorisé à dire aussi, dans ce cas, que c'est au moment même du payement, que la convention de subrogation se réalise (comp. Dalloz, *Rec.*

alph., v° *Obligations*, p. 561; Marcadé, art. 1250 I; Larombière, t. III, art. 1250, n°6).

375. — Le tiers avait payé, d'abord, sans subrogation, au créancier, une partie de la dette.

Peut-il ensuite, en offrant de payer ce qui lui reste dû, stipuler la subrogation?

Certainement non! pour le premier payement partiel, qu'il a fait purement et simplement;

Certainement oui, pour le second payement qu'il ne consent à faire que sous la condition de subrogation (comp. Limoges, 27 nov. 1841, Dumont, Dev., 1842, II, 298).

376. — Quant à l'acte, qui constate la subrogation consentie par le créancier, nous avons déjà dit que la loi ne le soumet à aucune formalité (*supra*, n° 363).

Il peut donc être fait sous signature privée.

La cour de Grenoble a décidé, il est vrai, le contraire, et que cette subrogation doit aussi être constatée par un acte authentique (13 mai 1824, Sirey, 1825, II, 310).

Mais cette doctrine n'a pas été admise et ne pouvait pas l'être:

1° Le texte de l'article 1250, en effet, n'exige pas cette condition pour le premier cas de subrogation; et cet argument est d'autant plus puissant, que le même article exige, au contraire, des actes authentiques pour le second cas.

2° Il est facile d'ailleurs d'expliquer cette différence, et comment le législateur a pu se montrer moins défiant en ce qui concerne la subrogation *par quittance*, qui s'accomplit directement, sans intermédiaire entre le tiers qui paye et le créancier qui reçoit, qu'en ce qui concerne la subrogation *par emprunt*, dans laquelle les deniers prêtés par le tiers n'arrivent dans les mains du créancier, qu'après avoir passé par celles du débiteur.

3° Ajoutons, que la subrogation ne peut nuire aux tiers, et qu'on ne voit pas quel intérêt ils pourraient

avoir à la critiquer sous le rapport de la forme, puisque, si elle était déclarée irrégulière, le subrogeant reprendrait ses droits; ce qui laisserait, en effet, les tiers dans la même position qu'auparavant. (Comp. Angers, 25 janv. 1849, Bergé, Dev, 1849, II, 428; Cass. 20 janv. 1857, Leduc, Dev. 1857, I, 332; Toulouse, 11 juin 1864, Lagarde, Dev., 1865, I, 417; Delvincourt, t. II, p. 559; Toullier, t. IV, n° 116; Mourlon, p. 249; Colmet de Santerre, t. V, n° 190 *bis* II; Larombière, t. III, art. 1250 n° 33; Gauthier n° 117).

577. — Ne faut-il pas même décider qu'aucun acte écrit n'est nécessaire pour la validité de cette subrogation; de sorte qu'elle pourrait être faite verbalement?

« J'aurais de la peine à admettre cette doctrine, » répond M. Gauthier (n° 111).

Mais pourquoi donc?

Nous venons de reconnaître, d'accord avec le judicieux auteur (*supra*, n° 363), que l'article 1250 1° ne soumet ce premier cas de subrogation à aucune forme; et, par conséquent, le même argument, déduit du texte, qui prouve qu'un acte authentique n'est pas nécessaire, prouve également qu'un acte sous seing privé ne l'est pas non plus.

Cette exigence, qui ne résulte pas du texte, est-elle commandée par les principes?

Pas davantage!

Tout au contraire; en principe, l'écriture n'est pas requise pour la validité des conventions, d'où peut résulter, soit une obligation, soit une libération; elle n'est pas, disons-nous, requise, si ce n'est dans les cas exceptionnels où le législateur l'exige (comp. le t. I de ce *Traité*, n° 32).

Le payement fait purement et simplement par un tiers serait valable, et il éteindrait la dette, lors même qu'une quittance écrite n'aurait pas été délivrée par le creancier.

Et la preuve de ce payement pourrait être faite, conformément au droit commun, c'est-à-dire soit par témoins et par présomptions, dans les cas où la preuve testimoniale et par présomptions est admise (art. 1341 et suiv.; 1353) soit par l'aveu de la partie et le serment (art. 1354, 1358).

Eh bien! de même que le payement, la subrogation sous la condition de laquelle il aurait été fait, pourrait être établie par les mêmes modes de preuve.

L'article 1250 exige que la convention soit expresse!

Assurément!

Mais *expresse* ne veut pas dire *écrite!*

Une convention, même verbale, peut être expresse en ce sens, c'est-à-dire non équivoque et indubitable!

Oh! sans doute, le plus ordinairement, la convention de subrogation est constatée par écrit; c'est l'acte même, qui renferme la quittance, qui exprime aussi la subrogation; et cela est assurément, en fait, ce qu'il y a de plus prudent.

Mais ce que nous croyons, en droit, c'est que cette condition d'écriture n'est pas indispensable à la validité de la subrogation, s'il arrive qu'elle soit prouvée d'une autre manière (comp. Mourlon, p. 238; Colmet de Santerre, t. V, n 190 *bis*, II).

378. — Ce qui est certain, c'est que, en matière commerciale, la preuve de la convention de subrogation, expresse et concomitante du payement, peut résulter, même à l'encontre des tiers, de la correspondance et des livres des parties (art. 109, Code de comm.; comp. Cass., 14 déc. 1858 Pernet, Dev., 1860, I, 987).

379. — L'arrêt de la Cour de cassation, que nous venons de citer, décide, en outre, que la preuve de la subrogation peut aussi résulter, en matière commerciale, à l'encontre des tiers, d'un acte signé par les parties, quoique dépourvu de date certaine.

Et ceci nous conduit à examiner la même question, en

matière civile, à savoir : s'il est nécessaire, pour que la subrogation produise son effet, que l'acte sous seing privé qui la renferme, ait acquis une date certaine à une époque quelconque antérieure à sa production?

Il y a deux classes de personnes, à l'égard desquelles la négative nous paraît certaine.

Nous voulons parler :

D'une part, du débiteur lui-même et de ses héritiers ou successeurs universels;

D'autre part, de ceux qui sont obligés à la dette, soit personnellement, soit hypothécairement

1° Il en est une première raison, bien simple : sans intérêt, pas d'action !

Or, ces deux classes de personnes n'ont pas d'intérêt à contester la date de la subrogation.

Il faut, dans tous les cas, bien entendu, qu'elles payent !

Que leur importe de payer à l'un ou à l'autre, au subrogeant plutôt qu'au subrogé!

2° Pour qu'il en fût autrement, pour qu'elles eussent un intérêt à contester la subrogation, il faudrait qu'elles pussent scinder l'acte; et tout en admettant la quittance, repousser la subrogation !

Or, cela est impossible !

La quittance et la subrogation étant constatées par un seul acte, n'ont, en effet, qu'une seule date et ne forment qu'un seul tout, dont les effets sont indivisibles !

Comment serait-il possible de nier, pour la subrogation, la date que l'on reconnaîtrait pour la quittance!

Admettre l'une, c'est donc fatalement aussi admettre l'autre ! (Comp. Cass., 20 janv. 1857, Leduc, Dev., 1857, I, 332; Cass., 7 avril 1858, Modo, Dev., 1858, I, 810; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 170; Massé et Vergé, t. III, p. 431).

380. — Mais il y a une troisième classe de personnes, à l'égard desquelles notre question de date offre, au contraire, une difficulté sérieuse.

Ce sont celles, qui n'argumentent, en aucune manière, de l'acte sous seing-privé, dans lequel se trouvent la quittance et la subrogation, et qui repoussent, à la fois, et la quittance et la subrogation, par le motif que cet acte n'a pas, contre elles, de date certaine.

J'ai payé à Paul la dette de Pierre, avec subrogation; et la quittance subrogative sous seing privé, qui m'a été donnée par Paul, n'a pas acquis une date certaine, par l'un des moyens que l'article 1328 détermine à cet effet.

Et quand je viens pour exercer les droits, résultant, à mon profit, de cette subrogation, je me trouve en présence :

Soit d'un tiers, auquel Paul a cédé sa créance par un acte d'une date, il est vrai, postérieure à celle de ma quittance subrogative, mais d'une date certaine;

Soit d'un tiers, de qui il a reçu également son payement avec subrogation, et à qui il a donné aussi une quittance subrogative, d'une date encore, il est vrai, postérieure à celle de ma quittance, mais d'une date certaine;

Soit, enfin, d'un tiers créancier de Pierre, qui, postérieurement à la date de ma quittance subrogative, a pratiqué une saisie-arrêt entre les mains de Paul.

Pourrais-je opposer ma quittance subrogative : à ce cessionnaire; — à ce subrogé; — à ce créancier saisissant?

Pour la négative, on peut dire, avec une grande force, que les deux arguments, par lesquels il vient d'être établi que la quittance subrogative, même sans date certaine, est opposable au débiteur, ou à ses successeurs universels, et à ceux qui sont obligés à la dette (*supra*, n° 379), que ces deux arguments font défaut, en ce qui concerne cette troisième classe de personnes :

1° En effet, qu'elles aient intérêt à contester la quittance et la subrogation, cela est d'évidence! puisqu'il y va

de l'existence même du droit, qu'elles prétendent leur appartenir.

2° Et ce qu'elles contestent, c'est l'acte tout entier, la quittance et la subrogation, dans leur unité indivisible !

Que conclure donc, sinon qu'elles sont *des tiers*, dans le vrai sens de l'article 1328, et que la date de cet acte sous seing-privé ne fait pas foi contre elles (comp. Cass., 31 janv. 1843, Génissieux, Dev., 1843, I, 616; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 170-171; Massé et Vergé, t. III, p. 431).

581. — Cette doctrine est-elle juridique?

Nous ne le pensons pas.

Et sans vouloir entrer, prématurément, dans la difficile distinction des tiers et des ayant-cause, qui nous attend plus loin (sur les articles 1322 et 1328), nous croyons devoir signaler l'objection grave que, suivant nous, elle soulève au point de vue des principes particuliers du payement avec subrogation.

C'est un point généralement admis que les actes sous seing privé, qui constatent un payement, peuvent être opposés aux tiers, lors même qu'ils n'ont pas acquis date certaine, conformément à l'article 1328; il ne s'agit pas ici d'apprécier cette doctrine; nous nous bornons à dire qu'elle est admise; et nous en faisons notre prémisse.

Si donc le payement, qui a été fait par le tiers avec subrogation, avait été fait par le débiteur lui-même, la quittance sous seing privé, qui lui aurait été donnée par le créancier, serait opposable : — au créancier saisissant; — au cessionnaire; — au subrogé, lors même qu'elle n'aurait pas une date certaine antérieure: — à la saisie; — à la cession; — à la subrogation.

Mais alors pourquoi en serait-il autrement de la quittance sous seing privé, qui a été donnée par le créancier au tiers, de qui il a reçu son payement?

Supposez que le tiers a payé purement et simplement, sans subrogation; il paraîtrait difficile de prétendre qu'il ne pourra pas opposer aux tiers la quittance même sans date certaine.

Et notre avis est, en effet, qu'il le pourra, soit de son chef, comme ayant fait le payement, soit du chef du débiteur, dont il est devenu créancier par ce payement même, et dont il peut exercer les droits, aux termes de l'article 1166.

Le payement avec subrogation est aussi un payement.

La subrogation est une modalité, qui n'en change pas le caractère essentiel.

Aussi, concluons-nous, avec M. Larombière (t III, art. 1250, n° 35), que ce sont les principes relatifs au payement, qui sont applicables en cette occasion comme dans toutes les autres (comp. le t. VI de ce *Traité* n°s 553 et 553 *bis*).

382. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que, dans le cas même où le payement et la subrogation se trouvent constatés régulièrement dans le même acte, (et que cet acte est opposable aux tiers), ceux-ci sont néanmoins fondés à contester la subrogation, par le motif qu'elle n'aurait pas eu lieu en même temps que le payement.

Ce n'est pas alors une question de forme.

C'est une question de fond!

Il ne s'agit plus des conditions extrinsèques de la validité de la subrogation, mais, ce qui est tout différent! de ses conditions de validité intrinsèque.

383. — Quant au mode de preuve, par lequel les tiers auraient à établir l'antériorité du payement, il faudrait appliquer les règles du Droit commun.

La preuve la meilleure serait assurément celle qui résulterait de l'acte même et des termes, dans lesquels il serait conçu (comp. Cass., 30 juill. 1838, Génissieux, Dev., 1838, I, 673; Limoges, 27 nov. 1841, Dumont, Dev., 1842, II, 298; Cass., 28 janv. 1845, Martineau,

Dev., 1845, I, 456; Douai, 10 fév. 1853, Pilastre, Dev., 1853, II, 305).

Il n'est pas douteux d'ailleurs que la preuve testimoniale et les présomptions seraient admissibles, dans le cas où les tiers prétendraient que la subrogation, qui leur est opposée, est le résultat d'une fraude qui a été pratiquée à leur préjudice (art. 1341, 1348, 1353).

384. — *c.* Nous avons demandé enfin, sur ce premier cas de subrogation conventionnelle, quels sont ses effets (*supra*, n° 346).

On pourrait s'étonner de nous voir poser cette question, après la démonstration, par laquelle nous avons entrepris d'établir que les effets de la subrogation sont les mêmes, quelle que soit la cause d'où elle procède, de la convention ou de la loi (*supra*, n° 324).

Il est vrai !

Mais c'est précisément pour affirmer encore cette similitude, que nous avons cru devoir la rappeler.

Ce premier cas de subrogation conventionnelle est celui, que l'on a toujours été porté, dans l'ancien Droit et dans le Droit nouveau, à confondre avec le transport-cession.

On ne saurait nier, en effet, que les deux opérations semblent présenter une grande affinité.

Elles n'en sont pas moins, pourtant, très-différentes l'une de l'autre, tout aussi différentes que peut l'être un *payement* d'avec *une vente !*

L'essentiel est de les bien distinguer.

385. — Cette distinction peut être, il est vrai, parfois délicate ; mais elle est indispensable !

Comment y parvenir ?

Il faut d'abord examiner les termes, dont les parties se sont servies, et la qualification qu'elles ont elles-mêmes donnée à l'opération, qu'elles ont faite.

Ce moyen, toutefois, n'est pas toujours sûr; et nous devons, tout en le proposant, ajouter qu'il convient de

n'en tenir compte qu'avec beaucoup de réserve et presque de défiance.

Il se peut que les parties aient cherché à dissimuler le véritable caractère de leur négociation et qu'elles aient, à dessein, voulu déguiser une cession sous la fausse dénomination d'un payement avec subrogation (comp. *infra*, n° 386).

Souvent aussi, il arrive qu'elles n'apprécient pas exactement le sens vrai des expressions, qu'elles emploient; et la pratique offre, en effet, de nombreux exemples d'actes, dans lesquels les mots : *subroger* et *céder*, semblent employés indifféremment l'un pour l'autre, et se trouvent même cumulés par une de ces redondances, dont elle est si prodique !

Ce n'est donc pas *au sens littéral des termes*, que l'on doit s'attacher.

C'est *à la commune intention des parties*, révélée par le caractère intrinsèque de l'opération (art. 1156).

Ce qu'il faut rechercher surtout, c'est si l'opération a été faite dans l'intérêt du créancier, ou dans l'intérêt du débiteur.

Dans le premier cas, on doit être porté à penser que l'acte a le caractère d'une cession;

Tandis que c'est le caractère d'un payement avec subrogation, qui doit être présumé dans le second cas.

Et, parmi les circonstances qui doivent être relevées à cet effet, il en est une particulièrement significative.

La créance n'était-elle pas exigible ?

Ce n'est pas l'idée de payement ni l'intérêt du débiteur, qui se présente à première vue ; c'est l'idée de cession, et l'intérêt du créancier, qui aura voulu sans doute se procurer des fonds, avant l'échéance.

La créance, au contraire, était-elle exigible ?

L'idée du payement est alors plus naturelle;

Surtout, si le créancier avait déjà commencé des poursuites.

On devra aussi considérer les relations des parties et par quelle personne les fonds ont été remis au créancier, par un parent peut-être, ou par un ami du débiteur, ou par une personne, qui n'avait aucun motif de lui rendre ce service (comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 189 *bis*, XII; Zachariæ, Aubry et Rau., t. IV, p. 175).

386. — On a eu souvent recours à des simulations, pour tromper l'Administration de l'enregistrement, en déguisant une véritable cession-transport sous l'apparence d'un payement avec subrogation.

Au point de vue fiscal, en effet, grande est la différence entre le droit de cession et le droit de quittance; celui-ci est beaucoup moins élevé que l'autre (comp. Loi du 22 frimaire, an VII, art. 69, § 2, n° 31).

Mais l'Administration a pris, pour déjouer ces fraudes, un moyen certes très-topique! elle considère comme une cession le payement avec subrogation consentie par le créancier au profit du tiers qui le paye.

Le moyen est, en effet, très-topique.

Mais est-il aussi juridique?

C'est ce que nous ne pensons pas (comp. Mourlon, p. 35),

Et il nous semble que, en ceci, l'Administration s'écarte des principes du droit civil, dont elle fait elle-même, en général, très-justement, la base de ses décisions (comp. *supra* n° 318; Dél., 10 nov. 1829; Dél. Cons. adm., 28 déc. 1832; Délib. de la Régie, 26 déc. 1834; Délib. Cons. d'Adm. 27 août 1833 et 27 oct. 1835; Championnière et Rigaud, t. II, n°s 1241, 1243 et 1253).

387. — Nous avons dit que cette subrogation par quittance produit les mêmes effets que la subrogation en général (*supra* n° 384).

Il faut remarquer, toutefois, que les parties pourraient, par leur convention, en restreindre les effets.

Le créancier, qui est maître de la refuser, est, a plus forte raison, maître de ne l'accorder que sous les restrictions, qu'il entend y mettre.

C'est au tiers, qui lui offre le paiement, de voir s'il lui convient de les accepter.

La subrogation est alors *à prendre ou à laisser* comme cela!

C'est ainsi que le créancier pourrait ne consentir la subrogation que pour les priviléges et hypothèques attachés à sa créance, en la refusant pour le cautionnement, qui la garantit (comp. Zachariæ, Aubry et Rau., t. IV, p. 170).

388. — Est-il nécessaire d'ajouter que la subrogation conventionnelle du numéro 1 de l'article 1250 transmet au subrogé le privilége du vendeur, et le privilége des architectes, entrepreneurs, maçons, employés pour édifier ou reconstruire des bâtiments ou autres ouvrages; qu'elle les transmet, disons-nous, aussi bien que la subrogation conventionnelle du numéro 2?

Cela est, en effet, d'évidence! (art. 1250 1°, 1252.)

On a voulu en douter pourtant.

Et pourquoi donc?

Parce que l'article 2103, numéros 2 et 5, ne mentionne comme moyen d'acquérir ces priviléges, que la subrogation du numéro 2 de l'article 1250.

Et, en effet, lors de la discussion qui eut lieu, en 1848, sur le projet de réforme hypothécaire, dans l'Assemblée nationale, on crut devoir trancher ce doute, en modifiant la rédaction de l'article 2103, et en renvoyant purement et simplement à l'article 1250, pour la forme de la subrogation.

Mais il est manifeste que l'article 2103 n'est, à cet égard, qu'énonciatif; et qu'il n'existe aucun motif pour refuser à la subrogation du numéro 1 de l'article 1250, l'effet qui appartient à la subrogation du numéro 2 (comp. Pont., *des Priv. et Hypoth.*, art. 2103, n° 222.)

II.

DE LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE, QUI EST CONSENTIE PAR LE DÉBITEUR.

SOMMAIRE.

389. — Voici certainement l'une des plus grandes hardiesses de la subrogation.

Le débiteur disposant seul de la créance et de ses accessoires, c'est-à-dire des droits qui appartiennent au créancier, et qui lui appartiennent contre lui-même!

Paul est débiteur, envers Pierre, d'une somme de 100 000 fr. portant intérêt à 5 p. 100 par an.

La dette est garantie par des sûretés, hypothèque, cautionnement, ou autres.

Cependant, le taux de l'intérêt a baissé ; et, de cinq où il était, lorsque Paul a emprunté cette somme de Pierre, il est descendu à quatre.

Paul aurait donc le désir de se libérer de cette dette onéreuse ; l'avantage serait évident pour lui.

Mais il n'a pas les fonds nécessaires; il n'a pas non plus assez de crédit pour les obtenir sur sa simple signature; et il ne pourrait se les procurer par un autre emprunt qu'il contracterait à 4 p. 100, qu'en offrant des garanties à son nouveau créancier; mais de garanties, il n'en a plus à offrir; il a donné à Pierre toutes celles dont il pouvait disposer.

Ce qu'il faudrait donc pour lui, ce serait de pouvoir, en payant son créancier avec les fonds du prêteur, transmettre à celui-ci, comme garantie de remboursement de sa nouvelle créance, la créance de Pierre et ses accessoires.

C'est à quoi précisément le législateur l'autorise.

Et telle est, en effet, la combinaison, judicieuse et excellente, qui constitue notre second cas de subrogation conventionnelle (comp. l'étude de M. Beauregard, sur la subrogation consentie par le débiteur dans la *Revue critique*, 1876, t. V, p. 440 et suiv.).

590. — Mourlon (p. 252), et M. Larombière ont écrit que « ce mode de subrogation nous vient du Droit romain. » (T. III, art. 1250, n° 62.)

Il est vrai que l'idée première en appartient aux jurisconsultes romains.

Mais nous avons déjà remarqué combien peu elle avait été développée et qu'ils n'avaient pas, en réalité, d'institution comparable à la subrogation perfectionnée, qui se trouve dans le n° 2 de l'article 1250.

Titius prête de l'argent à Sempronius, pour payer Claudius son créancier, sous la condition qu'il succèdera à l'hypothèque, qui appartient à celui-ci... *cum is qui dat pecuniam, sub hoc pacto credit ut idem pignus ei obligetur*. (L. 1, Cod. *De his, qui in prior. credit. loc. succed.*)

Quel est l'effet de ce pacte?

Est-ce de transmettre à Titius la créance de Claudius, avec ses droits, soit contre les cautions, soit contre les tiers-détenteurs?

Non pas!

L'effet en est seulement de faire succéder Titius dans le droit d'hypothèque, qui appartient à Claudius, et de le placer au même rang qu'avait celui-ci, avant les créanciers intermédiaires (comp. *supra*, n° 301 ; L. XII, § 2, ff. *Qui pot. in pign.;* Pothier, *Introd.* au tit. xx de la Cout. d'Orléans, n° 80).

On voit la distance, qui sépare l'institution romaine de l'institution française!

391. — Aussi, croyons-nous, pour notre part, que c'est en France qu'il faut chercher la véritable histoire de cette subrogation.

Pendant longtemps encore, il est vrai, dans notre très-ancien droit, on demeura sous l'empire du principe romain.

Et ce n'est qu'à une époque assez avancée, que l'institution nouvelle apparût.

On la trouve, pour la première fois, dans l'un des momuennts les plus intéressants de notre droit privé, que nous avons cité déjà, la Déclaration du roi Henri IV, du mois de mai 1609.

A quelle occasion cette déclaration fut-elle rendue?

Et par quel procédé parvint-elle au but, qu'elle voulait atteindre?

392. — Précisément à l'occasion d'une espèce semblable à celle qui précède, et que nous avons choisie, tout exprès, comme exemple (*supra*, n° 389).

En 1575, un édit de Charles IX avait élevé le taux des rentes au denier douze, c'est-à-dire à un denier pour douze par année, soit à 8 un tiers pour 100.

Mais, en 1601, le crédit, longtemps ébranlé par les guerres civiles, qui désolèrent la France en ces temps troublés, s'étant rétabli, du moins relativement, un édit de Henri IV abaissa le taux des rentes au denier seize, soit à 6 un quart pour 100.

Il était donc de l'évident avantage des débiteurs de convertir en rentes nouvelles de 6 un quart pour 100, les rentes anciennes, dont ils s'étaient chargés au taux énorme

de 8 un tiers pour 100; et, afin d'opérer cette conversion, ils cherchèrent à emprunter des deniers pour s'acquitter envers leurs anciens créanciers.

Mais les capitalistes ne consentaient à prêter leurs deniers que moyennant des garanties, que les débiteurs, pour la plupart obérés, étaient hors d'état de fournir.

Ce qu'il aurait fallu donc, pour eux, c'était de pouvoir, en payant l'ancien crédit-rentier, transporter, par subrogation, les garanties de sa rente à la rente nouvelle, qui allait la remplacer.

Mais le moyen d'en arriver là?

On y arrivait, plus ou moins imparfaitement, dans les provinces de droit écrit, avec la doctrine romaine, qui y était observée, et d'après laquelle le débiteur avait la faculté de faire succéder le nouveau créancier, qui fournissait les deniers, dans l'hypothèque, qui appartenait à l'ancien créancier (*supra*, n° 390).

Mais il n'y avait rien de pareil dans les provinces coutumières; et l'on n'y connaissait encore que la subrogation, qui est consentie par le créancier.

Or, c'est à quoi précisément les créanciers refusaient de consentir.

Et pourquoi ils refusaient, le motif en est clair!

C'est le même motif, en sens contraire, qui portait les débiteurs à les rembourser.

Ils voulaient continuer à percevoir des arrérages de 8 un tiers pour 100, d'un capital qui, s'il leur était remboursé, ne pourrait plus leur procurer que des arrérages de 6 un quart pour 100.

Et ils refusaient obstinément!

Et ils continuaient de percevoir ces exorbitants arrérages!

Cette situation dura dans tout l'intervalle de 1601 à 1609.

Mais, à cette époque, Henri IV, voulant venir au secours des débiteurs, rendit cet Édit célèbre, qui portait que:

« .... Ceux qui fournissent leurs deniers aux débiteurs

des rentes constituées au denier douze, avec stipulation expresse de succéder aux hypothèques des créanciers, qui seront acquittés de leurs deniers, et desquels les deniers se trouveront employés à l'acquit desdites rentes et arrérages d'icelles, par déclaration qui sera faite par les débiteurs, lors de l'acquit et rachat, seront et demeureront subrogés aux droits et hypothèques des anciens créanciers, sans autre cession ni transport. »

L'Édit ne mentionnait, dans ses termes, que les *débiteurs de rentes constituées.*

Aussi, tout d'abord, entreprit-on de soutenir qu'il n'était pas applicable aux autres créances.

Mais l'arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 6 juillet 1690, décida :

«.... Qu'en attendant que le Roi en eût autrement ordonné, la Cour appliquera, *dans toutes les occasions*, l'Édit de 1609.»

Et comme cet Édit ne réglait pas non plus, d'une manière suffisante, les formes à accomplir pour cette subrogation, le Parlement de Paris y pourvut, en même temps, par cet arrêt, qui reçut, en effet, le nom *d'Arrêté des Subrogations.*

Cet Arrêté porte que:

« Pour la validité d'une subrogation, il faut que les deniers du nouveau créancier soient fournis au débiteur, avec stipulation faite par acte devant notaire, qui précède le payement ou qui soit de même date, que le débiteur emploiera les deniers au payement de l'ancien créancier; que celui qui les prête, sera subrogé aux droits de l'ancien créancier; et que, dans la quittance ou l'acte qui en tiendra lieu, qui sera aussi passé devant notaire, il sera fait mention que le remboursement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier, sans qu'il soit besoin que la subrogation soit consentie par l'ancien créancier, ni par les autres débiteurs et cautions, ou qu'elle soit ordonnée en justice. »

La subrogation, dans son application la plus radicale, était désormais fondée!

593. — Par quel procédé ce résultat fut-il obtenu?

Ce n'est pas, comme nous l'avons déjà remarqué, à l'aide des principes scientifiques du droit; tout au contraire, c'est en dehors de ces principes, par des motifs d'équité et d'utilité.

On considéra que cette subrogation, consentie par le débiteur, réalisait parfaitement la devise excellente, qui est celle de toute cette matière :

Prodesse, non nocere!

Qu'elle profite au débiteur, cela est d'évidence; nous venons bien de le reconnaître!

Et à qui pourrait-elle nuire?

A personne!

Les créanciers intermédiaires, les codebiteurs, les cautions, les tiers-détenteurs, qui pourraient être intéressés à l'extinction de la dette, demeurent, en effet, *après* dans la même situation qu'*avant*.

L'argent, qui a servi à payer le créancier, ayant été emprunté par le débiteur, n'est pas sorti de son patrimoine, qui n'a subi, dès lors, aucune diminution, par suite de cette opération.

Oh! sans doute, il aurait mieux valu, pour eux, que l'emprunt et le payement eussent été faits sans la condition de subrogation.

Mais à ceci la réponse est bien simple; c'est que, sans la condition de subrogation, ni l'emprunt ni le payement n'auraient été faits; de sorte que c'est là une opération indivisible, dont le résultat ne les touche en aucune manière!

La volonté du créancier aurait pu, par une cession ou par une subrogation, les mettre en présence d'un créancier nouveau. Quelle serait, dès lors, pour eux, la raison de se plaindre de ce que la volonté du débiteur a le même pouvoir par une subrogation?

Objectera-t-on que cette subrogation nuit au créancier, qui se trouve contraint de recevoir ce payement, par lequel un tiers va être saisi de la créance et des garanties, dont lui seul, régulièrement, pouvait disposer, et qu'il refuse de transmettre?

Non! elle ne nuit pas, dans le sens juridique et équitable de ce mot.

Car, ce refus du créancier est injuste!

Quel est son intérêt, son seul intérêt légitime te avouable?

C'est d'être payé!

Or, on lui offre le payement, aussi solide, et nous pouvons dire, quant à lui, aussi pur et simple, que s'il était fait sans condition de subrogation.

Et voilà comment on en est venu à se passer du consentement qu'il refuse, et à autoriser la subrogation par une convention entre le débiteur et le tiers prêteur.

Cette subrogation est donc conventionnelle.

Assurément! et c'est dans cette catégorie qu'elle est placée par l'article 1250.

Il faut bien convenir pourtant qu'elle est aussi un peu légale.

Le débiteur et le tiers prêteur, à eux deux, à eux seuls, n'y auraient pas, en effet, réussi!

Il a fallu que la loi leur vînt en aide.

Elle n'est pas, il est vrai, légale, en ce sens qu'elle n'a pas lieu *de plein droit*, comme dans les cas prévus par l'article 1251.

Mais, à défaut *du concours de la volonté du créancier*, qui n'est pas nécessaire, c'est *le concours de la volonté de la loi*, qui intervient.

Ce que Renusson exprimait très-bien :

« La subrogation a lieu, disait-il, *par le bénéfice de la loi*, *en vertu de la convention*, qui en a été faite entre celui qui prête ses deniers et le débiteur, qui les emprunte. » (Chap. II, n° 19; comp. Pothier, *Introduct. au tit.* XX *de*

la Cout. d'Orléans, n° 80 ; et le rapport de M. le conseiller Calmètes, à l'audience de la Cour de cassation, du 28 avril 1863, Dev., 1863, I, 291.)

Sans doute, la subrogation procède toujours de l'intervention de la loi.

Mais cette intervention est plus ou moins directe et immédiate (comp. Mourlon, p. 174).

394. — Examinons, sur cette seconde espèce de subrogation conventionnelle, comme nous avons fait sur la première :

a. Par qui et au profit de qui elle peut être consentie ;

b. Quelles en sont les conditions et les formalités ;

c. Quels en sont les effets.

395. — *a.* Le texte de l'article 1250-2°, suppose que le débiteur *emprunte* pour payer son créancier ; et c'est au profit du *prêteur*, qu'il autorise la subrogation.

Nous trouvons un exemple de cette hypothèse, en matière de substitution permise, dans l'article 1067, sur lequel nous avons remarqué, en effet, qu'il est possible d'acquérir ainsi un privilége, par le moyen de la subrogation, quoique le privilége, qui est un droit attaché à la qualité de la créance (art. 2095), ne puisse pas être créé, comme l'hypothèque, par la convention des parties (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 512).

396. — Est-ce à dire pourtant que cette subrogation ne puisse pas avoir lieu au profit de celui qui remet des deniers au débiteur à un autre titre que celui de prêt, à titre de constitution de dot, par exemple, pour payer son créancier ?

L'affirmative a été décidée par un arrêt de la Cour de Metz (du 16 mai 1811), que cite Mourlon (p. 326) ; on pourrait, effectivement, en ce sens, argumenter du texte de l'article 1250-2°, qui ne mentionne que le prêt, en remarquant que les mêmes expressions se retrouvent

dans les numéros 2 et 5 de l'article 2103; or, dirait-on, la subrogation est une matière de droit étroit; et on ne saurait l'admettre, même par analogie, en dehors des cas expressément prévus par le législateur.

Mais cette argumentation nous paraît inadmissible :

1° Le motif essentiel, qui a fait instituer cette subrogation, exige, en effet, qu'elle soit accordée à quiconque fournit des deniers au débiteur pour payer son créancier.

Qu'importe la cause, en vertu de laquelle ces deniers lui sont fournis?

Cela est indifférent!

Ce qui est capital, c'est que la faculté de subroger celui qui les fournit au débiteur, donne à celui-ci le moyen de se délivrer d'une dette onéreuse ou d'un créancier menaçant.

2° Le texte de notre article ne doit donc être considéré que comme démonstratif; s'il ne mentionne que le prêt, c'est que cette hypothèse est, en fait, la plus ordinaire; il statue *de eo quod plerumque fit*, sans exclure les autres hypothèses, à l'égard desquelles, en effet, il n'y aurait aucun motif d'exclusion.

3° Aussi, cette solution était-elle admise dans notre ancien Droit, quoique l'Arrêté des subrogations de 1690 eût employé aussi les mêmes termes.

Le témoignage de Renusson est, à cet égard, très-explicite :

« Les père et mère qui veulent pourvoir à la sûreté des deniers dotaux, qu'ils stipulent propres à leur fille, doivent avoir soin qu'ils soient employés au payement des dettes du mari, avec déclaration et subrogation au profit de leur fille.... » (Chap. XIII, n° 42.)

Il n'en faisait, comme on voit, aucun doute.

Nous n'en devons pas faire non plus aujourd'hui (comp. Mourlon, *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 176).

397. — Ce n'est pas d'ailleurs seulement au débiteur direct et principal, que cette faculté de subrogation est accordée.

Il faut comprendre, sous ce mot : débiteur, que l'article 1250-2° emploie, toute personne qui, étant tenue du payement de la dette, ou ayant intérêt à la payer, se trouve dans l'un des cas de subrogation légale : le co-débiteur solidaire, la caution, le tiers détenteur, l'héritier bénéficiaire (art. 1251, comp. *infra*, n° 398);

De sorte que si cette personne payait avec ses propres deniers, la subrogation légale s'accomplirait, de plein droit, à son profit.

Pourquoi, en effet, ne pourrait-elle pas, en payant avec des deniers empruntés, subroger le prêteur au bénéfice de la subrogation légale, qui résulte à son profit, du payement par elle fait ?

Il n'y aurait, de cela, aucun motif.

Et, tout au contraire, dirons-nous encore, le motif essentiel de cette espèce de subrogation exige qu'elle lui soit accordée.

Ce que le législateur a voulu, c'est précisément de donner à celui qui est tenu d'une dette et qui a intérêt à l'acquitter, le moyen de se procurer les deniers nécessaires à cet effet ; moyen, qui souvent lui manquerait, sans le secours de la subrogation.

Concluons donc que toute personne, qui se trouve dans un cas de subrogation légale, peut subroger au bénéfice de cette subrogation celui qui lui prête les deniers pour payer la dette, dont elle est tenue ;

Sauf, par elle, à rembourser ensuite le prêteur, pour ressaisir, à son tour, par la subrogation, les droits et actions, qui avaient passé dans ses mains (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 176 ; Larombière, t. III, art. 1250, n° 68).

398. — Voilà comment le créancier, qui emprunte afin de payer un autre créancier, qui lui est préférable,

à raison de ses priviléges ou hypothèques (art. 1251-1°) peut conventionnellement subroger le prêteur dans les droits, auxquels il est lui-même légalement subrogé, par l'effet de ce payement (comp. Cass., 7 nov. 1854, Hauguel, Dev., 1854, I, 715).

599. — La même faculté appartient-elle à l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué? (Art. 1251, 2°.)

C'est la conséquence nécessaire de notre principe.

Pourquoi, en effet, ne lui appartiendrait-elle pas?

Nous avons reconnu que cette faculté de subrogation conventionnelle du numéro 2 de l'article 1250 est accordée par la loi à toute personne, qui est tenue au payement de la dette, et qui a intérêt à son extinction; et par suite, que toute personne, en effet, qui se trouve dans l'un des cas de subrogation légale, admis par l'article 1251, peut, en empruntant d'un tiers, subroger conventionnellement le prêteur au bénéfice de la subrogation, que la loi prononce, de plein droit, à son profit; c'est ainsi que nous venons de décider que celui, qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, peut subroger conventionnellement le prêteur au bénéfice de la subrogation légale, qui résulte, pour lui, de l'article 1251-1°;

Or, l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers, auxquels cet héritage était hypothéqué, est subrogé légalement par le numéro 2 de l'article 1251; comme celui qui paye un créancier qui lui est préférable, est subrogé par le numéro 1 de ce même article; leur situation est, de tous points, identique;

Donc, la même faculté de subrogation conventionnelle qui appartient à l'un, doit également appartenir à l'autre.

Cet argument nous paraît péremptoire.

400. — Il faut pourtant que nous ajoutions que nous venons de trancher ainsi l'une des questions les plus controversées de notre matière, l'une de celles qui ont été le plus agitées dans notre ancien Droit, et qui divisent encore profondément, dans le Droit nouveau, la doctrine et la jurisprudence.

C'est que l'argument, que nous venons de présenter, produit une conséquence, dans laquelle, pour notre part, nous ne trouvons rien d'excessif, mais que beaucoup de jurisconsultes, au contraire, ont jugée inacceptable; et ne voulant pas de la conséquence, ils n'ont pas voulu de la prémisse !

Ce qui résulte, en effet, de notre doctrine, c'est que le tiers prêteur, subrogé par l'acquéreur aux droits des créanciers antérieurs, sera préféré aux créanciers postérieurs du vendeur originaire ou des précédents propriétaires, s'il arrive que le prix de la revente de l'immeuble soit inférieur à celui de la première vente.

C'est aussi, par suite, qu'il sera préféré au vendeur lui-même, dont le privilége devra céder le pas à la subrogation.

Pour plus de clarté, dans cette démonstration un peu abstraite, posons une espèce.

Nous ne saurions mieux faire que de reproduire celle qui a été posée par l'un des dissidents les plus autorisés.

Voici donc l'espèce que M. Paul Pont suppose, et la solution qu'il y applique :

« Un immeuble, que je vous ai vendu 100 000 francs, était grevé de trois hypothèques, en faveur de *Pierre*, de *Paul* et de *Joseph*, auxquels a été délégué le prix de 100 000 francs, stipulé entre nous. *Jacques* vous a prêté, en se faisant subroger, une somme de 50 000 francs, employée par vous à désintéresser *Pierre* et *Paul* mes créanciers hypothécaires premiers inscrits. Puis, l'immeuble est saisi et vendu sur vous, acquéreur. Dans

cette situation, le droit de *Jacques*, prêteur de deniers, devra s'effacer d'abord devant celui de *Joseph*, mon troisième créancier, qui m'étant préférable, sera colloqué le premier. Puis, il devra s'effacer encore devant celui que j'ai moi-même, en vertu de l'article 1252 du Code Napoléon, comme vendeur resté créancier d'une portion du prix de la vente, que je vous ai consentie. Ceci n'est pas mis en question.

« Mais il y a quelque difficulté sur le point de savoir si la solution serait la même dans le cas où le prêteur de deniers serait subrogé non point au vendeur, mais aux créanciers du vendeur, payés avec les fonds, qu'il aurait prêtés ».

Le savant auteur conclut toutefois que la solution doit être, dans ces deux cas, la même, et que le droit du subrogé devra toujours s'effacer devant le droit des créanciers postérieurs et devant celui du vendeur. (*Comm. des Priv. et hypoth.*, art. 2103, n° 225 (comp. Beauregard, *Revue critique*, 1876, t. V, p. 444 et suiv.).

401. — Notre avis est, au contraire, qu'il existe, entre l'un et l'autre cas, une différence capitale !

Et la solution de M. Pont, qui est exacte dans le premier cas, ne l'est pas, suivant nous, dans le second.

Est-ce le vendeur, que l'acheteur a payé avec les deniers empruntés par lui ? et, en conséquence, est-ce effectivement, au privilége du vendeur, que l'acheteur a subrogé le prêteur ?

Nous admettons alors la solution de M. Pont; c'est-à-dire que le subrogé ne pourra pas avoir plus de droits que le vendeur; qu'il sera donc primé par les créanciers de celui-ci; qu'il sera primé aussi par le vendeur lui-même, en vertu de l'article 1252, qui consacre la maxime : *nemo censetur subrogasse contra se* (comp. Cass. 13 mai 1873, Hélie, Dev., 1873, I, 336.)

Si telle est la première des hypothèses, que M. Pont suppose, dans le passage précité, nous adhérons à

sa solution ; en faisant remarquer pourtant que les termes, dans lesquels l'éminent magistrat s'exprime, ne séparent peut-être pas suffisamment la première d'avec la seconde.

402. — Tout autre est, en effet, cette seconde hypothèse !

Ce n'est pas au vendeur, c'est aux créanciers, premiers inscrits, que l'acquéreur a subrogé le prêteur de deniers.

Pour prétendre néanmoins que ces deux hypothèses sont semblables, on argumente ainsi :

1° Ce n'est pas aux créanciers hypothécaires, même premiers inscrits, que l'acquéreur doit son prix ; c'est au vendeur ; et par conséquent, c'est au vendeur, dans la vérité du fait, qu'il le paye toujours, soit qu'il le verse directement dans ses mains, soit qu'il le verse dans les mains des créanciers premiers inscrits ; car, ceux-ci ne peuvent le recevoir que comme mandataires du vendeur.

Donc, la subrogation doit avoir, dans l'un comme dans l'autre cas, le même effet, ni plus ni moins ;

C'est-à-dire que l'acquéreur, qui, dans l'un comme dans l'autre cas, paye ou est censé payer le vendeur lui-même, ne peut subroger qu'aux droits de celui-ci ;

Que c'est, en conséquence, du vendeur, que vient la subrogation, et que c'est lui, qui doit être considéré comme l'ayant consentie ;

D'où il suit, en vertu de l'article 1252, qu'elle ne peut pas avoir d'effet contre lui-même, ni contre ses créanciers.

2° Telle était, dit-on, dans notre ancien Droit, la doctrine de Renusson, qui, après avoir cité, en ce sens, un arrêt du Parlement de Paris, du 7 septembre 1671, concluait que « *cet arrêt est très-juste, et que la justice en est palpable et évidente !* » (Chap. XV, nos 10-14.)

Cette conclusion est encore appuyée, dans notre Droit nouveau, par des autorités considérables. (Comp. Cass., 5 mai 1814, cité par Merlin, v° *Subrogation de personne*, sect. II, § 8, n° 7 ; Toulouse, 29 fév. 1844, J. du P.

1844, II, 47; Merlin, *loc. supra cit.;* Delvincourt, t. II, p. 565; Toullier, t. IV, n° 171, Duranton, t. XII, n° 189; Grenier, *Des hypoth.*, t. II, n° 394, Persil, *Rég. hypoth.*, t. I, art. 2103, § 2; Pont, *loc. supra cit.;* Gauthier, nos 204 et suiv.; Barilliet, *Revue pratique*, 1862, t. XIV, p. 20-113; Dutruc, *Observations*, Dev. 1862, II, 433, et 1863, I, 288.)

405. — Mais cette doctrine nous paraît contraire aux principes :

1° Nous croyons l'avoir déjà, d'avance, réfutée par un seul argument !

Lorsque, conformément à l'article 1251-2°, l'acquéreur paye le prix de son acquisition aux créanciers premiers inscrits, à qui est-il subrogé, de plein droit, par la loi ?

Au vendeur ?

Non pas !

Il est subrogé aux créanciers qu'il paye; aux priviléges et hypothèques de ces créanciers; lesquels priment, bien entendu, le vendeur et les créanciers postérieurs ;

Or, c'est le bénéfice de cette subrogation légale, qu'il peut, conformément à l'article 1250-2°, transmettre, par la subrogation conventionnelle, au prêteur, qui lui fournit les fonds à l'effet de payer ces créanciers ;

Donc, le prêteur est subrogé, comme l'acquéreur l'eût été lui-même, aux créanciers premiers inscrits, avec tous les avantages, qui résultent de cette subrogation.

2° Cet argument est tranchant, suivant nous.

Et il n'est pas le seul.

Le tiers, qui a prêté ses deniers à l'acheteur pour payer les créanciers, premiers inscrits, n'aurait-il pas pu aller trouver lui-même directement ces créanciers et leur offrir de les payer, au nom de l'acheteur, s'ils consentaient à le subroger à leurs priviléges et hypothèques ?

Évidemment oui ! il l'aurait pu, conformément au numéro 1 de l'article 1250.

Et si les créanciers premiers inscrits avaient consenti, en recevant leur payement de ce tiers, à le subroger dans leurs droits, c'est bien dans leurs droits, en effet, et dans toutes les préférences, que ces droits comportaient contre le vendeur et contre les créanciers postérieurs, que le tiers aurait été subrogé ;

Or, la subrogation conventionnelle du numéro 2 de l'article 1250 est admise dans les mêmes cas et produit les mêmes effets que la subrogation conventionnelle du numéro 1 ;

Donc, ce qui est vrai de l'une est également vrai de l'autre.

Le tiers s'étant présenté pour payer le créancier, premier inscrit, avec subrogation, celui-ci refuse d'y consentir.

Eh bien ! on va se passer de son consentement.

Et on aura recours à la subrogation conventionnelle du numéro 2 de l'article 1250, qui s'opère, celle-ci, sans le concours de la volonté du créancier.

C'est précisément pour cela qu'elle est faite !

Nous croyons que notre démonstration est fournie; et au point où nous en sommes, il nous semble qu'aucun argument ne saurait désormais l'ébranler.

3° Aussi, la réponse sera-t-elle facile à l'argument, sur lequel la doctrine contraire a entrepris de s'appuyer.

Non ! l'acquéreur n'est pas seulement tenu envers le vendeur ; il est tenu aussi envers les créanciers hypothécaires ; et cela est si vrai que, s'il paye son prix au vendeur lui-même, il n'en demeure pas moins tenu envers les créanciers.

Que la dette soit personnelle envers l'un, et qu'elle soit réelle ou hypothécaire envers les autres, il n'importe, quant à notre question, qui est de savoir si, en effet, l'acquéreur est tenu aussi envers les créanciers.

Par suite, il est d'évidence que les créanciers ne sont pas les mandataires du vendeur, lorsqu'ils reçoivent directement leur payement de l'acquéreur ou de son subrogé; ce payement, ils le reçoivent en vertu du droit propre, qui leur appartient sur l'immeuble, de ce droit indépendant du droit du vendeur, et d'où résulte précisément l'obligation réelle de l'acquéreur envers eux.

Et ceci prouve combien est inexacte cette thèse, bien autrement radicale encore, qui a entrepris de soutenir que la subrogation de l'acquéreur est impossible, par le motif que cet acquéreur, en payant les créanciers du vendeur, devient, de ce chef, créancier de celui-ci, dont il est lui-même débiteur, et qu'il s'opère ainsi une compensation qui rendrait impossible toute subrogation !

Qui ne voit, en effet, que cet argument, s'il était fondé, rendrait lui-même impossible la subrogation que le texte formel de l'article 1251-2°, accorde, de plein droit, à l'acquéreur qui paye son prix aux créanciers inscrits ?

Nous croyons avoir établi logiquement notre démonstration.

Et maintenant, la conséquence pratique, qui en résulte, blesse-t-elle donc, comme on le prétend, l'équité et la bonne foi ?

Tout au contraire !

Et c'est de la doctrine que nous proposons, qu'il faut dire, suivant nous, ce que Renusson disait mal à propos de la sienne, que *la justice en est palpable et évidente.*

Comment ! j'achète de Joseph, pour le prix de 100 000 fr., un immeuble qui vaut à peu près cette somme.

Sur cet immeuble sont inscrits deux créanciers hypothécaires, chacun de 100 000 fr. : Paul, le premier ; et Pierre, le second. Total des deux dettes hypothécaires : 200 000 fr., juste le double de la valeur de l'immeuble.

En ces circonstances, je paye à Paul, le premier inscrit, les 100 000 fr. qui lui sont dus ; je le paye avec mes deniers, ou, ce qui revient au même, avec des de-

niers que j'ai empruntés, à cet effet, d'un tiers que j'ai subrogé au bénéfice de ma propre subrogation.

Pourquoi ai-je fait cela ?

Par deux motifs, qui se révèlent d'eux-mêmes :

1° Parce que j'ai voulu consolider mon acquisition, en me plaçant, moi ou mon subrogé, au premier rang, afin de désintéresser et de décourager Pierre, qui est au second rang, et qui n'a pas d'intérêt à faire vendre l'immeuble, puisqu'il ne serait pas payé, ne venant pas en ordre utile ;

Parce que, si ma prévision est trompée, et si en effet, l'immeuble est vendu et que je sois évincé, eh bien ! me trouvant à la place de Paul, je ne perdrai pas mon prix, que je retrouverai dans ma collocation au premier rang.

Voilà ma combinaison, qui est celle que la loi elle-même a en vue de favoriser, lorsqu'elle accorde une subrogation de plein droit à l'acquéreur, qui paye son prix aux créanciers, auxquels l'héritage était hypothéqué.

Eh bien ! au contraire, que va-t-il arriver, dans la doctrine que nous combattons, si Pierre, le créancier du second rang, monte au premier rang, par suite du payement que j'ai fait à Paul, créancier du premier rang ?

C'est que le double but, que je me proposais, sera manqué complétement !

Pierre, en effet, aura, dès ce moment, intérêt à faire vendre l'immeuble.

Et moi, je perdrai mon prix !

C'est-à-dire que la subrogation de l'article 1251-2°, ainsi entendue, ne serait plus qu'une déception !

Elle serait même une sorte de piége que la loi tendrait à l'acquéreur !

Mais, vraiment, de quoi peut se plaindre le créancier du second rang ?

Est-ce qu'il n'était pas à ce rang, *avant* la subrogation ?

Sans doute !

Eh bien! rien n'est changé pour lui, *après*.

Qu'il reste donc à sa place!

Cela est, disons-nous, de toute justice!

Aussi, même dans notre ancien droit, un arrêt du Parlement de Paris, du 10 avril 1677, qui est cité par Renusson lui-même, avait-il consacré cette doctrine; et quant à l'autre arrêt du 7 septembre 1671, dont il invoque l'autorité, nous ne sommes pas bien sûr qu'il n'ait pas décidé une question de résolution de vente, plutôt qu'une question de subrogation. (Comp. Nîmes, 29 janv. 1861, Richoux-Lenoir, Dev., 1862, II, 433; Cass., 28 avril 1863, Ripert, Dev., 1863, I, 289; Troplong, *Des Priv. et Hypoth.*, t. I, n° 234; Mourlon, p. 303 et suiv.; de Cacqueray, *Revue pratique*, 1858, t. VI, p. 81 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 176-177; Larombière, t. IV, art. 1252, n° 39.)

404. — La Cour de cassation a même décidé que l'acquéreur d'un immeuble, qui paye les créanciers inscrits sur cet immeuble, est subrogé légalement dans leurs droits, alors même que son acte d'acquisition lui impose l'obligation de payer son prix à ces créanciers (28 déc. 1853, Halary; et 7 nov. 1854, Hauguel, Dev., 1854, I, 715 à 719).

Et nous croyons que cette décision est, en effet, juridique, lorsqu'il est reconnu que, nonobstant cette clause de son titre, l'acquéreur a payé les créanciers inscrits, non pas en vertu d'une obligation directe et personnelle, mais en sa qualité de tiers-détenteur, tenu hypothécairement envers eux.

405. — *b.* Le législateur n'a soumis, comme nous l'avons vu, à aucune forme spéciale le premier cas de subrogation conventionnelle.

Il en est autrement du second cas, parce que celui-ci pouvait donner lieu, au préjudice des tiers, à des fraudes de diverses sortes.

En conséquence, le législateur l'a soumis à deux con-

ditions de forme, dont le but est de garantir l'existence des deux conditions qui constituent, au fond, cette subrogation, à savoir :

La *destination*, c'est-à-dire que les deniers ont été fournis par le prêteur au débiteur, pour payer son créancier ;

L'*emploi*, c'est-à-dire que les deniers ont reçu, en effet, la destination convenue et ont servi à payer le créancier.

Voilà pourquoi l'acte d'emprunt, qui constate la destination, et la quittance, qui constate l'emploi, doivent être passés devant notaires.

Cette double formalité a été empruntée par notre Code à l'arrêté des subrogations du 6 juillet 1690, qui l'avait établie :

Soit afin d'empêcher les *anti-dates* et les *post-dates*, au moyen desquelles on pourrait frauduleusement faire revivre des créances éteintes ;

Soit afin de garantir d'autant mieux la loyauté et la sincérité des déclarations, que ces deux actes doivent contenir.

406. — Ces formalités, en effet, sont prévoyantes ; ce qui fait le danger de cette institution, d'ailleurs si bienfaisante, ce sont les fraudes, dont elle peut devenir l'occasion.

J'ai un immeuble de 100 000 fr., qui est grevé de deux hypothèques, pour le double de sa valeur : la première, de 100 000 fr., au profit de Paul ; et la seconde, aussi de 100 000 fr., au profit de Pierre.

Le 1er janvier 1872, je paye à Paul, premier en rang, les 100 000 fr. que je lui dois.

Voilà donc sa créance éteinte avec son hypothèque ; et Pierre, qui n'était qu'au second rang, sans espoir d'être payé, monte au premier rang, avec la certitude de recevoir son payement.

Mais le 1er du mois suivant, il me survient un besoin

d'argent; c'est une somme de 100 000 fr. qu'il me faudrait.

Et je ne pourrais me la procurer qu'en offrant au prêteur une hypothèque de premier rang.

Comment faire, puisque le premier rang appartient à Pierre?

La fraude pourrait s'accomplir au moyen d'une antidate de l'acte d'emprunt, qui ferait considérer cet emprunt comme antérieur au payement par lequel j'ai éteint la créance et l'hypothèque de Paul.

Le payement a été fait le 1er janvier 1872.

On donnerait la date du 30 décembre 1871 à l'acte d'emprunt, dans lequel il serait déclaré que les deniers qui m'ont été fournis pour payer la créance de Paul, avec subrogation au profit du prêteur, ont été, en effet, employés à ce payement.

Et la créance de Paul, avec son hypothèque, revivrait, au préjudice de Pierre, qui, du premier rang qu'il avait obtenu, redescendrait au second!

Cette fraude serait possible, si l'emprunt pouvait être fait par acte sous signature privée; l'authenticité que la loi exige, la prévient, puisque l'antidate n'est pas possible dans un acte notarié.

Mais est-ce qu'il n'aurait pas suffi, pour empêcher cette combinaison frauduleuse, d'exiger que l'acte d'emprunt eût une date certaine antérieure au payement, par l'un des moyens indiqués dans l'article 1328, et notamment au moyen de l'enregistrement?

Pourquoi exiger l'authenticité de cet acte?

C'est que la fraude, que nous venons de signaler, n'est pas la seule qu'il y ait lieu de prévenir; il en est une autre encore, contre laquelle l'acte sous seing privé, lors même qu'il aurait une date certaine antérieure au payement, n'a pas paru offrir au législateur les mêmes garanties qu'il trouvait dans un acte rédigé par un officier public.

Supposons en effet ceci :

Je vais donc, le 1er janvier 1872, payer avec mes deniers, Paul, qui a le premier rang d'hypothèque sur mon immeuble; et, par ce payement, s'il était fait loyalement, Pierre monterait au premier rang.

Mais, à ce moment même, je prévois que j'aurai peut-être plus tard besoin de ressources ; et j'avise, de suite, à m'en ménager par une fraude préparée d'avance.

J'obtiens, en conséquence, d'un tiers qu'il consente à jouer, envers moi, le rôle d'un prêteur fictif, avec stipulation de subrogation ; et ce tiers, en effet, par quelque motif que ce soit, ignorance, complaisance ou complicité, accepte de figurer dans un acte, par lequel il est déclaré qu'il m'a prêté, sous condition de subrogation, ces deniers, avec lesquels je vais payer Paul.

Quel est le résultat de ce mensonge?

C'est que Pierre, malgré l'extinction de l'hypothèque de Paul, demeure néanmoins au second rang;

Et que, le jour où l'immeuble serait vendu, je recouvrerais frauduleusement, à son préjudice, par une collocation en premier ordre, sous le nom de mon faux prêteur, les 100 000 fr., par lesquels j'avais éteint la dette de Paul !

La certitude de la date de l'acte du prétendu emprunt peut-elle quelque chose contre ce danger ?

Évidemment non ! car cette date peut être, en effet, certaine ; et ce n'est pas elle que l'on accuse.

Ce que l'on accuse, c'est la simulation ; c'est la fausseté de la déclaration que cet acte renferme.

Eh bien ! le législateur a pensé que, contre une fraude de ce genre, la présence d'un officier public pouvait offrir certaines garanties.

Le tiers pourra être éclairé par lui, si, dans son ignorance, il a des scrupules ; il pourra être intimidé, s'il est complice.

Et le notaire lui-même, s'il entrevoit ce concert, devra

refuser de prêter son ministère à de telles combinaisons !

407. — Des motifs du même genre, en sens inverse, ont fait exiger l'authenticité de la quittance.

C'est la *post-date*, en effet, qu'il faut craindre alors, et les fausses déclarations, que l'on pourrait y insérer.

Le 1er janvier 1872, j'ai payé à Paul, mon créancier premier inscrit, les 100 000 fr. que je lui devais.

Et Pierre, mon créancier inscrit au second rang pour 100 000 fr., est devenu le premier.

Mais aujourd'hui, 1er mars, je veux emprunter 100 000 fr. de Jules, qui ne consent à me les prêter qu'autant que je lui fournirai une hypothèque de premier rang.

Je vais donc trouver Paul, mon ancien créancier ; et je lui demande de me délivrer, à la date du 2 mars, une nouvelle quittance du payement que je lui ai fait antérieurement ; je le trompe, en lui disant que j'ai perdu sa première quittance ; ou peut-être est-il lui-même mon complice dans cette fraude.

Par quelque motif que ce soit, il me délivre cette quittance qui porte la date du 2 mars, c'est-à-dire une date postérieure à celle de l'acte d'emprunt, qui est du 1er, et qui, dès lors, n'a pas besoin d'être antidaté.

Les dates des deux actes concordent donc parfaitement ; et nous faisons ainsi revivre, au préjudice de Pierre, l'hypothèque de Paul, que le payement pur et simple du 1er janvier avait éteinte.

Voilà ce qui aurait été possible, si la quittance avait pu être donnée par un acte sous signature privée.

Et c'est pourquoi le législateur exige qu'elle soit donnée par un acte authentique.

Ajoutons encore que l'authenticité n'a pas seulement pour but de donner une date certaine à la quittance ; ce but, en effet, on aurait pu l'atteindre au moyen d'un

acte sous seing privé, en exigeant qu'il eût une date certaine postérieure à la date de l'acte d'emprunt.

Mais cette précaution n'aurait pas suffi, dans cette occasion, pour prévenir la fraude; ce qui est suspect, ce n'est pas la sincérité de la date de la quittance nouvelle, qui a pu être, en effet, rédigée à la date qu'elle porte; c'est la sincérite des déclarations, qu'elle renferme.

Et c'est afin de garantir d'autant mieux cette sincérité, que le législateur a voulu que les déclarations fussent faites devant un officier public.

408. — Chacun de ces actes, l'acte d'emprunt et la quittance, a ses conditions propres de validité, qui en font, en effet, deux actes distincts et indépendants l'un de l'autre (comp. *infra* n° 432).

Ce qui manquerait dans le premier ne pourrait donc pas être suppléé dans le second, ni réciproquement.

C'est ainsi qu'il ne suffirait pas que la destination convenue, lors de l'emprunt, fût mentionnée dans la quittance;

Si cette destination n'était pas aussi mentionnée dans l'acte d'emprunt (comp. Toulouse, 31 mars 1832, Dev., 1832, II, 540).

409. — Des termes de l'article 1250-2° et du motif, qui a fait exiger ces conditions de forme, nous croyons qu'il faut conclure que l'acte d'emprunt doit indiquer spécialement la dette au payement de laquelle le débiteur destine les deniers empruntés.

C'est *à l'effet de payer sa dette*, et de subroger le prêteur *dans les droits du créancier*, que l'article 1250-2° autorise le débiteur à consentir cette subrogation.

Ce qui implique, en effet, l'indication d'une dette déterminée (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 177; Larombière, t. III, art. 1250, n° 71 ; Gauthier, n° 163 *bis;* Mourlon, p. 268).

410. — Par qui ces déclarations doivent-elles être faites ?

Par le prêteur ou par l'emprunteur ?

La loi ne le dit pas.

D'où il suit qu'elles peuvent être faites indifféremment par l'un ou par l'autre.

Qu'importe, en effet, dès que l'acte les renferme !

Le plus ordinairement sans doute, elles seront faites par l'emprunteur, par le débiteur, qui va payer son créancier avec les fonds qu'il emprunte; car c'est lui qui consent la subrogation.

Mais la déclaration pourrait émaner aussi du prêteur, constatant la destination dans l'acte d'emprunt, ou du créancier, constatant l'emploi dans la quittance, sans qu'il y eût là, bien entendu, une cause de nullité (comp. Orléans, 14 août 1845, J. du P., 1845, t. II, p. 347; Gauthier, n° 166).

411. — C'est dans la quittance que doit se trouver la déclaration de l'origine et de l'emploi des deniers empruntés;

Comme c'est dans l'acte d'emprunt que doit se trouver la déclaration de la destination de ces deniers (art. 1250-1°).

Dans la quittance, c'est-à-dire dans la teneur et dans le corps même de l'acte, dont elle est, en effet, une partie intégrante.

La condition, que le législateur exige, ne serait donc pas remplie, si, une quittance pure et simple ayant été donnée d'abord par le créancier, la convention de subrogation était ensuite constatée par un acte distinct entre l'emprunteur et le débiteur.

Notre ancienne jurisprudence nous offre, sur ce point, des précédents remarquables et d'une sévérité extrême !

Un créancier consentait à recevoir son payement, et à en donner purement et simplement quittance; mais, dans son mauvais vouloir, ou dans son ignorance, craignant peut-être de se compromettre, il refusait absolument

de laisser insérer, dans la quittance, la mention de l'origine des deniers et la convention de subrogation.

Que fit le notaire?

Il dressa d'abord une quittance pure et simple, qui fut signée par le créancier.

Et puis, aussitôt, il dressa, au pied de cette quittance, un second acte qui constatait l'origine et l'emploi des deniers.

Eh bien! cette subrogation fut déclarée nulle par un arrêt du Parlement de Paris, de 1672, que Renusson rapporte, en l'approuvant (chap. XII, nos 30 et suiv.).

Basnage rapporte, il est vrai, de son côté, un arrêt du Parlement de Normandie, qui, dans une espèce à peu près semblable, valida la subrogation.

« Mais il y avait, dit-il, des circonstances particulières, qui rendaient la cause fort favorable; car, dans la question générale, il est sans difficulté que la déclaration d'emploi doit être insérée dans le contrat; autrement, quand elle serait ajoutée à l'instant, elle ne pourrait servir. » (*Des hypoth.*, chap. XV, p. 361.)

Et, en effet, un arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 31 août 1676, défendit aux notaires de recevoir des déclarations de subrogation pour emprunt de deniers, sinon par les actes contenant les acquits et rachats, à peine de nullité.

Aussi, l'Arrêté des subrogations de 1690, exigea-t-il que cette mention fut faite *dans la quittance;* et c'est ce que l'article 1250-2°, exige encore aujourd'hui.

Voilà le principe. (Comp. Orléans, 10 janv. 1850, J. du P., 1850, t. I, p. 68; et 3 avril 1851, J. du P., 1851, t. I, p. 431; Toullier, t. IV, n° 130; Larombière, t. III, art. 1250, n° 72; Gauthier, n° 168.)

412. — Mais, pourtant, comment faire, s'il arrive que le créancier, tout en consentant à recevoir le payement, refuse de signer une quittance constatant l'emploi des deniers empruntés?

C'est bien simple!

Il faudra procéder comme si le créancier refusait de recevoir le payement, lui faire donc des offres réelles, et consigner (comp. *infra*, n° 428).

Toullier, qui indique aussi ce moyen, en propose encore un autre :

« Le notaire, dit-il, pourrait rapporter procès-verbal des faits, et ajouter que le créancier, après s'être ressaisi des fonds et avoir délivré les titres de créance, a néanmoins persisté à refuser de signer, quoique sommé de le faire. Un pareil acte serait un titre de libération et de subrogation, tout aussi valable qu'un procès-verbal de consignation. » (*Loc. supra cit.*; comp. Larombière, t. III, art. 1250, n° 73.)

Mais nous partageons l'avis de son savant annotateur, M. Duvergier, qui ajoute *qu'il est prudent, en pareille matière, de suivre le premier procédé indiqué par Toullier* (note *a*).

C'est que, en effet, cette seconde manière de procéder, qui serait, sans doute, plus économique et plus prompte, ne nous paraît pas régulière.

D'après la loi organique du notariat, du 25 ventôse an XI, les actes reçus par les notaires doivent être signés par les parties, quand elles savent signer et qu'elles le peuvent. Si elles ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention, à la fin de l'acte, de leur déclaration à cet égard (art. 15).

Mais on ne voit, dans aucun texte, que le refus de signer puisse être suppléé par une mention, qui tiendrait lieu de la signature (comp. Mourlon, p. 271 ; Gauthier, n° 176 *bis*).

413. — Ces deux déclarations : de la destination des deniers dans l'acte d'emprunt, et de l'emploi dans la quittance, sont, d'ailleurs, suffisantes.

Le texte n'exige, en outre, ni dans l'un ni dans l'autre de ces actes, une déclaration expresse de subrogation

L'Arrêté de 1690 voulait, il est vrai, que cette déclaration y fût faite.

Mais le législateur nouveau a justement considéré que la volonté des parties d'opérer la subrogation résulte, d'une manière suffisamment expresse, de l'accomplissement même qu'elles font, des conditions requises par la loi pour l'obtenir.

Aussi, n'est-ce, en effet, que pour le premier cas de subrogation conventionnelle, que l'article 1250-1°, exige que la subrogation soit expresse.

Et son silence, pour le second cas, témoigne qu'il ne le soumet pas à cette condition (comp. Merlin, Répert, v° *Privilége,* sect. IV, § II; Toullier, t. IV, n° 129; Duranton, t. XII, n° 133; Mourlon, p. 260-268; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 179; Larombière, t. III, art. 1250, n° 66).

414. — Est-il nécessaire que les deux actes notariés soient dressés au moment même de l'emprunt et du payement?

En d'autres termes, faut-il que le notaire atteste qu'il a vu les deniers passer des mains du prêteur dans celles du débiteur, et des mains du débiteur dans celles du créancier?

Ou, au contraire, ces deux actes peuvent-ils être rédigés postérieurement aux faits qu'ils constatent : l'acte d'emprunt, constatant un emprunt antérieurement fait; et la quittance, constatant un payement fait aussi antérieurement?

La question est controversée.

D'éminents jurisconsultes enseignent que, pour que la subrogation s'opère d'une manière valable vis-à-vis des tiers, il est indispensable que les actes notariés soient dressés au moment même de l'emprunt et du payement.

Telle est, notamment, la doctrine de MM. Aubry et Rau :

« Le législateur, disent-ils, a voulu empêcher que,

par des déclarations inexactes, soit sur la destination de la somme empruntée, soit sur l'origine des deniers employés au payement, on pût établir une subrogation qui n'aurait pas été convenue au moment de l'emprunt, ou qui serait devenue impossible par un payement pur et simple; et l'on comprend que ce but serait complétement manqué, si des déclarations faites après coup devaient être considérées comme établissant, d'une manière suffisante, la destination des fonds empruntés ou leur emploi au payement de la dette. » (sur Zachariæ, t. IV, p. 178.)

Les savants auteurs invoquent, en outre, un certain nombre d'arrêts qui, suivant nous, ne prêtent pas à leur thèse une base très-solide, comme nous espérons le démontrer (comp. Cass., 19 avril 1831, Dev., 1831, I, 432; Toulouse, 31 mars 1832, Dev., 1832, II, 540; Cass., 28 janv. 1845, Martineau, Dev., 1845, I, 456; Orléans, 10 janv., 1850, Chaussidier, Dev., 1851, II, 4; Rouen, 21 mai 1852, Hubert, Dev., 1852, II, 160; Douai, 10 fév. 1853, Pilastre, Dev., 1853, II, 305; Gauthier, n° 168).

415. — Cette doctrine ne nous paraît pas juridique.

Et nous croyons pouvoir établir :

1° Qu'elle est en dehors du texte de la loi, auquel elle ajoute arbitrairement une condition, qu'il n'exige pas;

2° Que cette condition ne serait justifiée par aucun avantage sérieux;

3° Qu'elle pourrait, au contraire, présenter, dans la pratique, de graves inconvénients :

1° Et d'abord, disons-nous, cette doctrine ajoute à la loi une condition qui n'est pas exigée par elle.

Ce que l'article 1250-2°, exige, en effet, seulement, c'est un acte d'emprunt notarié et une quittance notariée; mais il n'exige pas que ces actes soient dressés : l'un, au moment même de l'emprunt; l'autre, au moment même

du payement ; ni que le notaire atteste *de visu* le fait matériel du versement des espèces par le prêteur au débiteur, et par le débiteur au créancier !

Or, ce sont là des faits très-différents et très-distincts :

L'emprunt et le payement d'une part ;

Et, d'autre part, les actes qui doivent en constater la preuve.

Exiger donc que ces actes soient dressés par un notaire, c'est-à-dire que le notaire reçoive les déclarations des parties et leur imprime le caractère de l'authenticité, ce n'est pas exiger que le notaire soit témoin du fait matériel, ni de l'emprunt ni du payement.

2° Il est facile, d'ailleurs, de comprendre pourquoi le législateur n'a pas ajouté cette condition.

C'est qu'elle n'aurait, en effet, ajouté aucune garantie de plus pour la sincérité de l'opération, qui s'accomplit devant le notaire.

S'agit-il d'un emprunt véritable, que je fais, mais avec l'intention de subroger le prêteur aux prétendus droits d'un ancien créancier, que j'ai payé, et dont je veux faire revivre frauduleusement la créance ?

Il sera facile de montrer les deniers au notaire, puisque le prêt est réel.

S'agit-il d'un emprunt fictif, que je suis censé faire d'un tiers, pour payer mon créancier ; tandis que c'est, en réalité, avec mes propres deniers que je le paye, dans le dessein frauduleusement prémédité de me réserver, le cas échéant, la faculté de disposer des droits de préférence de ce créancier (Comp. *supra*, nos 406, 407) ?

Quoi de plus facile encore que de faire voir les deniers au notaire et de les remettre, pour un moment, dans les mains de ce tiers complaisant, qui consent à jouer le rôle d'un prêteur !

Le notaire attestera qu'il a vu les deniers passer des mains du prêteur dans celles du débiteur ; comme il

pourra attester qu'il les a vu passer des mains du débiteur dans celles du créancier.

Oui! il attestera le fait matériel et les déclarations des parties.

Mais ce qu'il ne pourra pas attester, c'est le vrai caractère de ce fait et la sincérité de ces déclarations; c'est-à-dire ce qui est précisément le but des actes qu'il doit dresser!

A quoi bon, dès lors, exiger une condition, d'où ne résulte aucune garantie véritablement sérieuse?

Il n'y en aurait pas de motif!

Et voilà pourquoi le législateur n'exige aucune autre condition que la déclaration des parties, faite au moment du payement, pour établir l'identité des deniers qui ont été employés à ce payement, avec les deniers qui ont été empruntés à cet effet.

Or, si leur déclaration suffit pour établir l'identité des deniers, qui est, elle aussi, certainement l'une des conditions capitales de cette subrogation, pourquoi ne suffirait-elle pas pour établir la sincérité, soit de l'emprunt, soit du payement, fait antérieurement à la rédaction de l'acte notarié qui doit le constater?

Nous l'avons déjà remarqué sur une question très-semblable à celle-ci, ce que le législateur exige, ce n'est pas la simultanéité de fait, c'est la simultanéité d'intention (*supra*, n° 392).

3°. Ajoutons enfin que cette condition de la réalisation des espèces, à la vue des notaires, serait très-peu conforme aux usages et aux besoins de la pratique!

On sait comment, le plus ordinairement, les choses se passent, en cas pareil; et cela, de très-bonne foi, sans aucune pensée de fraude, au préjudice des tiers.

Très-souvent le prêteur remet ses fonds à l'emprunteur sur un simple billet; et rendez-vous est convenu pour le plus prochain jour, dans l'étude du notaire, pour la rédaction de l'acte d'emprunt. Peut-être les parties sont à

une distance plus ou moins éloignée du notaire ; ou celui-ci est absent ; ou il faut se procurer des pièces, que l'on n'a pas encore.

Cependant le prêteur ne veut pas avoir, pendant ce délai, l'embarras et la responsabilité de ses fonds ; il aime mieux que l'emprunteur, dès à présent, s'en charge.

Veut-on supposer le contraire ?

Notre argument n'en sera que plus fort.

Eh bien ! donc, le prêteur ne veut pas se déssaisir des fonds, même au moment où l'acte d'emprunt est rédigé ; il les a chez lui et il les garde, se réservant de les remettre lui-même directement au créancier, aux droits desquels le débiteur doit le subroger (comp. *infra*, n° 425).

Rien de plus naturel que tout ceci ! et la loi, qui s'opposerait à cette pratique, contrarierait, sans aucun motif d'utilité, les habitudes et les convenances des parties.

Aussi, pensons-nous que la loi ne s'y oppose pas ;

Ni la jurisprudence non plus, malgré les citations d'arrêts, que les partisans de la doctrine contraire ont fournies ; ce que ces arrêts, en effet, paraissent décider, ce n'est pas une question de droit, la question théorique, que nous venons d'agiter ; ce sont des questions de fait et d'interprétation, à savoir : si, dans telle ou telle espèce, l'emprunt antérieurement fait, et qu'il s'agissait de constater par un acte notarié postérieur, avait été fait purement et simplement, ou sous la condition de subrogation (comp. Cass., 28 janv. 1845, Martineau, Dev., 1845, I, 456 ; Rouen, 21 mai, 1852, Hubert, Dev., 1853, II, 159 ; Mourlon, p. 280 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 191 *bis*, IX ; Gauthier, n° 169 ; Larombière, t. III, art. 1250, n° 78).

416. — Nous venons de supposer que la réalisation de l'emprunt est antérieure à la rédaction de l'acte notarié.

Renversons l'hypothèse.

C'est la rédaction de l'acte notarié, qui est antérieure à la réalisation de l'emprunt.

La subrogation sera-elle valable ?

Nous le croyons, par les mêmes motifs, que nous venons de produire.

C'est ainsi qu'il a été décidé que l'emprunt peut avoir lieu sous la forme d'une ouverture de crédit, et qu'il suffit, dans ce cas, que la convention d'ouverture de crédit soit constatée par un acte notarié, sans qu'il soit nécessaire que les versements successifs des fonds se trouvent établis de la même manière ; de sorte que ces versements peuvent être constatés ensuite par des actes sous signature privée. (Comp. Nîmes, 29 janv. 1861, Richard-Lenoir, Dev., 1861, II, 433 ; Cass., 28 avril 1863, Ripert, Dev., 1863, I, 289.)

Nous avons, pour alliés, cette fois, quelques-uns des jurisconsultes, qui se trouvaient parmi les dissidents sur la première hypothèse. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 179.)

Les solutions contraires, qu'ils appliquent à deux questions, qui sont, suivant nous, semblables, témoignent-elles d'une harmonie parfaite dans leur doctrine ?

Il nous paraît permis d'en douter ; et nous croyons pouvoir en déduire un nouvel argument contre cette doctrine tout entière.

417. — On a mis en question si la subrogation peut être stipulée *depuis le prêt*.

Mourlon pose l'espèce suivante :

« Je prête 10000 fr. à Paul ; je les lui prête purement et simplement ; il peut, par conséquent, en faire ce que bon lui semble. J'apprends le soir même qu'il est peu solvable et que mes fonds sont compromis. Inquiet, je vais le trouver aussitôt, et le prie de m'accorder quelques garanties. « Vous le pouvez facilement, lui dis-je ; au lieu de dissiper ces fonds, que je vous ai prêtés,

employez-les à payer un tel de vos créanciers hypothécaires; et subrogez-moi à son lieu et place. » Paul y consent. En conséquence, on se rend chez un notaire, qui rédige des actes d'emprunt et de payement. Le premier porte que les fonds ont été prêtés pour être employés à payer le créancier ; le second, que le créancier a été payé avec les fonds provenant du prêt. La subrogation est-elle valable ? »

Le savant auteur, après une discussion fort développée, conclut que la subrogation n'est pas valable, par le motif qu'elle doit être nécessairement contemporaine et concomitante du prêt lui-même (p. 285 à 294).

Nous avons à apprécier cette conclusion; et peut-être va-t-on reconnaître que la question n'a pas été posée dans ses véritables termes.

418. — Mais, d'abord, nous voulons écarter une hypothèse; à savoir : celle où y il aurait lieu à l'application de l'article 446 du Code de commerce.

Cet article est ainsi conçu :

« Sont nuls et sans effet, relativement à la masse,
« lorsqu'ils auront été faits par le débiteur, depuis l'épo-
« que déterminée par le Tribunal comme étant celle de
« la cessation de ses payements, ou dans les dix jours,
« qui auront précédé cette époque :
« . . . . .

« Tous payements, soit en espèces, soit par transport,
« vente, compensation ou autrement, pour dettes non
« échues; et, pour dettes échues, tous payements faits
« autrement qu'en espèces ou effets de commerce;

« Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et
« tous droits d'antichrèse ou de nantissement, constitués
« sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement
« contractées. »

En conséquence, s'il s'agissait d'un commerçant, auquel cet article serait applicable, il est évident qu'il ne

pourrait pas consentir une subrogation conventionnelle pour garantie d'un prêt antérieur, pas plus qu'il ne pourrait consentir pour garantie de ce prêt, une hypothèque ou un droit d'antichrèse ou de nantissement.

419. — En restant donc dans le domaine du Droit civil, supposons que celui, qui a fait antérieurement cet emprunt pur et simple, a le plein exercice de sa capacité.

Il pourrait, par exemple, accorder aujourd'hui une hypothèque conventionnelle comme garantie du prêt, qui lui a été fait il y a six mois.

Pourrait-il également accorder au prêteur la subrogation conventionnelle aux droits de l'un de ses créanciers hypothécaires ?

Une distinction nous paraît devoir être faite :

Ou la dette résultant de l'emprunt, antérieurement fait, est échue, exigible ;

Ou elle n'est pas exigible.

Dans le premier cas, nous n'apercevons pas ce qui s'oppose à ce que le prêteur et l'emprunteur fassent une convention nouvelle, et que, effectivement par un nouveau prêt, qu'il contractera, le débiteur subroge le prêteur aux droits de l'un de ses créanciers. Tel est aussi, pour ce cas, l'avis de Mourlon. Mais ce n'est pas là, comme on voit, consentir une subrogation *depuis le prêt;* c'est la consentir *au moment du prêt;* car le débiteur, qui est tenu de rembourser les fonds au créancier, est censé, en les gardant, les recevoir une seconde fois de lui, par une sorte de tradition *brevis manus;* s'il les lui rendait, ce serait pour les recevoir de lui immédiatement; mais à quoi bon cette double et inutile tradition !

420. — En est-il de même dans le second cas ?

Nous ne le pensons pas.

Le prêt est accompli; et le remboursement n'en est pas encore exigible.

Par quel motif la subrogation, qui est une exception au droit commun, serait-elle autorisée?

Il ne s'agit pas de faciliter au débiteur le moyen de se procurer plus facilement des fonds, dont il aurait besoin.

Ces fonds, il les a obtenus, sans le secours de la subrogation, qui, par conséquent, n'a plus dans ce cas, sa raison d'être.

Et puis, elle n'est légitime précisément que sous la condition que les fonds auront été prêtés pour payer l'ancien créancier, et auront servi à ce payement.

Or, cette condition manque aussi.

Tout au plus donc, pourrait-on admettre la subrogation, dans cette seconde hypothèse, si, par une nouvelle convention loyalement faite, les parties s'accordaient pour annuler le prêt antérieurement fait, et si le débiteur déclarait faire un nouvel emprunt, dont les conditions, pour la durée du terme, le taux des intérêts, ou autrement, seraient, en effet, nouvelles et différentes des conditions du prêt, qui lui avait été fait antérieurement. (Comp. Larombière, t., III, art. 1250, n° 80; Gauthier, n° 164.)

421. — Les développements, que nous venons de fournir, ont, par avance, annoncé qu'il n'est pas nécessaire que les deniers, qui font l'objet du payement, soient identiquement les mêmes, *in specie*, que ceux qui ont fait l'objet du prêt.

Deux arguments; l'un, de droit, l'autre, de fait, démontrent, en effet, que le législateur n'a pas pu exiger une telle condition :

En droit, d'abord, parce qu'il s'agit ici de choses fongibles, à l'égard desquelles on considère, généralement, non pas les corps mêmes, ni les individus, mais seulement la quantité, la valeur; *non ut corpora*, *sed ut quantitatem*;

Et puis, en fait, parce que cette condition d'identité

spécifique serait souvent difficile à remplir, difficile surtout à prouver, et qu'elle susciterait à la subrogation, dans la pratique, des obstacles et parfois même des impossibilités.

Nous allons voir que le législateur n'exige pas que l'emprunt et le payement aient lieu simultanément, et que ces deux opérations peuvent être séparées l'une de l'autre par un certain intervalle de temps (*infra* n° 423).

Que deviendraient donc, en cas pareil, les deniers empruntés, dans l'intervalle de l'emprunt au payement?

Comment fournir la preuve que les deniers, avec lesquels le débiteur va payer son créancier, sont bien spécifiquement les mêmes que ceux qu'il a reçus du prêteur?

Le débiteur, après les avoir reçus du prêteur, les a mis dans sa caisse et confondus avec d'autres deniers;

Ou bien, ils ont été déposés chez un notaire, ou chez un tiers qui les a mis aussi dans sa caisse, à la disposition des parties.

Dira-t-on que la subrogation est désormais impossible, parce que l'on ne pourra pas affirmer que les deniers, qui seront retirés de sa caisse par le débiteur, par le notaire ou par le tiers, sont les mêmes, spécifiquement, que ceux qui ont été prêtés?

Une telle solution ne serait pas conforme à la raison.

Bien plus encore! c'est à Bordeaux que le prêt est fait au débiteur; et c'est à Paris que le payement doit être fait au créancier!

Faudra-t-il que le débiteur transporte de Bordeaux à Paris, les mêmes deniers, l'argent monnayé peut-être, que l'emprunteur lui a livrés?

Nul ne le soutiendrait!

Il pourra certainement les convertir en valeurs négociables; et la condition requise par la loi sera satisfaite, d'autant mieux que cette conversion même aura été le moyen de réaliser le payement, avec les mêmes valeurs qui proviennent de l'emprunt.

Voilà, en effet, tout ce que le législateur exige : c'est que la valeur qui est donnée en payement, soit bien véritablement la même valeur qui a été donnée en prêt.

422. — Mais aussi, cette condition-là, le législateur l'exige impérativement ! car c'est elle, en effet, qui justifie la subrogation au profit du prêteur, en établissant que ce sont ses deniers, et non pas des deniers sortis du patrimoine du débiteur, en l'amoindrissant, qui ont servi à payer le créancier.

Il est vrai que, dans l'impossibilité d'en obtenir une preuve directe, le législateur a dû se contenter de la simple déclaration des parties.

Mais il appartient aux magistrats, sur la demande des tiers intéressés, d'apprécier la sincérité de cette déclaration.

Et la subrogation devrait être déclarée nulle, s'il était reconnu que les valeurs empruntées ont été dissipées ou consommées par le débiteur, ou employées par lui à d'autres destinations ;

De sorte que les deniers avec lesquels le payement aurait été fait, ne proviendraient pas de l'emprunt, mais d'une autre source (comp. *infra* n° 425 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 191 *bis*, XI ; Larombière, t. III, art. 1250, n° 81).

423. — Nous venons de dire qu'il n'est pas indispensable que l'emprunt et le payement aient lieu au même moment (*supra* n° 420).

Pothier était, à cet égard, très-explicite :

« Il n'importe, disait-il, quel temps se soit écoulé entre le prêt fait par le nouveau créancier et le payement fait à l'ancien. » (Introduct. au tit. XX de la cout. d'Orléans, n° 81.)

Tel est encore notre droit.

Ce sont donc là deux opérations distinctes, qui peuvent être accomplies séparément.

Le texte de l'article 1250-2° n'exige pas, en effet, la simultanéité de l'emprunt et du payement.

Tout au contraire! en admettant qu'ils peuvent être faits par deux actes séparés, il admet implicitement qu'un certain intervalle de temps peut s'écouler entre l'un et l'autre.

Et très-justement!

Car les circonstances sont souvent telles, qu'il ne serait pas possible de faire en même temps l'emprunt et le payement; de sorte que la loi, en exigeant cette condition, aurait pu rendre, dans beaucoup de cas, la subrogation impossible (comp. Merlin, Répert. v°, *Subrogation de personne*, sect. II, § 8, n° 2; Toullier, t. IV, n° 132; Duranton, t. XII, n° 136; Mourlon, p. 274; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 179; Gauthier, n° 171).

424. — Mais, quel est le maximum de durée qui peut s'écouler entre l'emprunt et le payement?

D'après le passage de Pothier, que nous venons de citer, il n'y en avait pas; « *n'importe quel temps se fût écoulé,* » dit-il.

Et la preuve, en effet, que notre ancien Droit n'avait pas déterminé une limite de temps, résulte de l'extrême variété des délais dans lesquels chacun des auteurs proposait de la renfermer :

Les uns voulant que le payement fût fait le jour même de l'emprunt (comp. Renusson, chap. XI, n° 12, n° 19);

Les autres admettant qu'il pouvait être fait le lendemain (comp. Bacquet, *Des droits de justice*, chap. II, n° 241; Catelan, qui cite en ce sens un arrêt du 2 mai 1678, tit. V, chap. XXIX);

Ceux-ci accordant un délai de trois jours, après l'emprunt, pour faire le payement; telle paraissait être la jurisprudence du Parlement de Bordeaux (comp. Lapeyrère, lettre S, n° 52; Bretonnier, v° *Subrogation*, t. II, p. 277).

Il y en avait aussi, d'après lesquels il suffisait que le

payement fût fait dans les trois ou six mois, ou que les deniers restassent déposés jusqu'à l'emploi (comp. Renusson, *loc. supra cit.*).

Ce qui est vrai finalement, c'est que notre ancienne jurisprudence n'avait posé, sur ce point, aucune règle fixe.

C'était seulement une question de fait et de bonne foi, à décider par les magistrats, d'après les circonstances, et surtout eu égard au temps plus ou moins long, qui avait pu s'écouler entre l'emprunt et le payement.

Cette solution est encore aujourd'hui la nôtre.

425. — Mais, bien entendu, c'est le droit des tiers, auxquels la subrogation pourrait nuire, de prouver que la déclaration des parties sur l'origine des deniers, qui ont été employés au payement, n'est pas sincère.

Le législateur, il est vrai, s'est contenté de la simple déclaration des parties, parce que, en effet, il eût été difficile d'obtenir une autre justification de l'origine et de l'identité des deniers ;

A moins de leur imposer la nécessité de faire, au même moment et simultanément, l'emprunt et le payement en une seule opération ; ce qui aurait pu avoir, comme nous l'avons reconnu, des inconvénients considérables (*supra* n° 422).

Mais il appartient aux tiers intéressés de prouver l'inexactitude des déclarations insérées dans l'acte d'emprunt et dans la quittance.

Et ils peuvent faire cette preuve par tous les moyens, puisque cette inexactitude constitue, à leur préjudice, une fraude dont ils n'ont pas pu se procurer une preuve par écrit (comp. Orléans, 3 avril 1851, Naudin, Dev., 1851, II, 555 ; Cass., 16 mars 1852, Naudin, Dev., 1852, I, 636).

426. — Ce que nous venons de dire révèle assez le danger que le prêteur peut courir, en confiant imprudemment ses deniers à l'emprunteur, et qu'il s'expose à

ce que celui-ci, auquel il ne les a confiés que sous la condition qu'il serait subrogé aux droits du créancier, ne remplisse pas cette condition.

Il peut arriver, en effet :

Soit que l'emprunteur, après avoir dissipé les deniers empruntés, ou les avoir affectés à une autre destination, n'acquitte pas du tout sa dette; ou s'il l'acquitte, qu'il ne retire de son créancier qu'une quittance pure et simple;

Soit que, après avoir fait un premier emprunt pour payer sa dette, il en fasse ensuite un second, ou même plusieurs autres pour payer la même dette, promettant à chacun des prêteurs de le subroger aux droits du même créancier.

Les exemples de ces tromperies abondent dans l'ancien droit et dans le droit nouveau.

« On peut, disait Renusson, proposer l'exemple d'une personne, qui, ayant emprunté des deniers, a promis d'en faire emploi et d'en acquitter sa dette, et a consenti à celui qui les lui a prêtés, la subrogation aux droits de son créancier. Il emprunte encore depuis plusieurs sommes à d'autres personnes auxquelles il a promis le même emploi et consenti pareille subrogation. Le débiteur, qui a emprunté toutes ces sommes, les peut dissiper et consommer et n'en faire aucun emploi; et, s'il acquitte sa dette, il pourra ne pas déclarer de qui les deniers proviennent, et ne prendre qu'une quittance pure et simple; ou, s'il retire une quittance contenant déclaration et subrogation, ce pourra être pour un seul; et les autres n'auront point d'emploi ni de déclaration de subrogation et se trouveront frustrés. Il est souvent arrivé que des personnes se voyant mal en leurs affaires, ont pris prétexte de faire construire des bâtiments; et, ayant proposé tel emploi, ont emprunté de plusieurs personnes des deniers qui ont excédé dix fois la valeur du bâtiment. » (Ch. X, n° 1.)

427. — Cette hypothèse de plusieurs emprunts successifs faits par le débiteur avec promesse de subrogation aux droits du même créancier, peut donner lieu à de sérieuses difficultés.

Le débiteur a emprunté d'abord 20 000 fr. de Primus, avec déclaration que cette somme est destinée à payer son créancier avec subrogation au profit du prêteur ;

Et ensuite, un mois, deux mois après, ou plus encore, il emprunte 20 000 fr. de Secundus, avec déclaration que cette somme est destinée à payer le même créancier, avec subrogation au profit du prêteur.

Lequel des deux prêteurs, de Primus ou de Secundus, obtiendra la subrogation promise ?

Évidemment, la réponse dépend du fait, qui aura suivi; àsavoir : de l'emploi que le débiteur aura pu faire de l'une ou de l'autre somme, et de la déclaration qui se trouvera dans la quittance.

Aussi, pensons-nous que c'est là surtout une question d'espèce, dont la solution est subordonnée aux circonstances particulières du fait.

Trois hypothèse sont possibles :

a. La quittance ne mentionne ni l'un ni l'autre emprunt;

b. Elle mentionne l'un, mais point l'autre;

c. Elle les mentionne l'un et l'autre.

a. Si la quittance ne renferme aucune déclaration d'emploi, ni au profit de l'un ni au profit de l'autre, ils ne seront subrogés ni l'un ni l'autre; puisque la condition essentielle de la subrogation fera défaut.

b. Si la quittance renferme une déclaration d'emploi au profit de l'un seulement, sans mentionner l'autre, celui des deux qui ne sera pas mentionné, ne pourra pas, non plus, par le motif que nous venons de dire, prétendre à la subrogation.

Et celui, au profit duquel la déclaration d'emploi aura été faite?

Il sera en règle, lui! et la condition de la subrogation sera remplie, en ce qui le concerne; il sera donc subrogé, à moins que les tiers intéressés ne prouvent que ce n'est pas, en effet, avec les deniers prêtés par lui, que le débiteur a acquitté sa dette (comp. Gauthier n° 175).

c. Enfin supposons que la quittance renferme une déclaration d'emploi au profit de l'un et de l'autre, et que le débiteur de 10 000 fr., qui a emprunté, en tout, 20000 fr. de Primus et de Secundus pour payer cette dette, ait déclaré que le payement a été fait avec les deniers empruntés par lui à Primus et à Secundus.

C'est l'hypothèse la plus délicate.

M. Larombière enseigne que : « la présomption la plus naturelle, entre les prêteurs successifs, est que le dernier en date est celui dont les deniers ont été employés au payement; tandis que les fonds précédemment fournis par les autres prêteurs, sont présumés consommés par le débiteur, dès le moment d'un autre et dernier emprunt. » (T. III, art. 1250 n° 76).

Cette solution est, à notre avis, trop absolue.

En droit, la présomption que le savant auteur voudrait édifier dans l'intérêt du dernier prêteur, n'est fondée sur aucun texte.

Et en fait, elle ne serait pas toujours non plus fondée sur la vérité ni même sur les vraisemblances; comme si le second emprunt avait été fait à une époque très-rapprochée du premier, le lendemain, par exemple, ou même seulement quelque jours après!

La solution, qui nous paraîtrait donc la plus logique, consisterait à dire que tous les prêteurs mentionnés dans la quittance, seraient subrogés proportionnellement à la somme fournie par chacun d'eux (comp. Pothier, Introduct. au Tit. XX de la Cout. d'Orléans, n° 82);

Sauf le droit, réciproque pour chacun, d'établir que les fonds prêtés par l'un ou par l'autre d'entre eux n'ont pas

servi au payement de la dette; et nous reconnaissons que le dernier prêteur pourra, en effet, souvent avoir, dans cette lutte, l'avantage contre le premier prêteur; surtout si un long intervalle s'est écoulé entre le premier prêt et le dernier, et si le payement à été fait presque immédiatement après le dernier prêt.

Mais encore faut-il que le prêteur, quel qu'il soit, le dernier comme le premier, qui prétend enlever aux autres le bénéfice de la subrogation, que la quittance leur confère à eux aussi bien qu'à lui, encore faut-il, disons-nous, qu'il justifie sa prétention, à l'aide des circonstances de l'espèce, dont les magistrats seront les appréciateurs (comp. Renusson chap. XI n°s 2 et suiv.; Mourlon, p. 305 et suiv.; Gauthier, n°s 174 et suiv.).

428. — Afin de prévenir les dangers, que nous venons de signaler, il y a un moyen très-simple.

Que le préteur ne se dessaisisse pas de ses deniers entre les mains de l'emprunteur, et qu'il les remette lui-même directement au créancier.

A cet effet, un seul acte devant notaire constatera l'emprunt et le payement, avec la double mention de la destination et de l'emploi; et l'opération, au lieu de se faire en deux temps, s'accomplira instantanément dans cet acte unique.

Est-ce possible ?

Assurément, oui !

Le règlement du 6 juillet 1690 admettait, d'une manière implicite, mais très-certaine, cette simultanéité de l'emprunt et du payement, puisqu'il supposait que l'acte de prêt et l'acte de quittance pouvaient être *de la même main* (*supra*, n° 392).

Tel est encore notre Droit, sous l'empire de l'article 1250.

Quel est, en effet, le but, que le législateur se propose par cette double formalité ?

C'est d'obtenir la certitude, autant que possible, que

les mêmes deniers, qui ont fait l'objet du prêt, ont fait aussi l'objet du payement.

Or, la réunion en un seul acte de ces deux actes atteint bien plus sûrement ce but; et en même temps qu'elle simplifie le mécanisme de l'opération, elle offre toute sécurité au prêteur, qui remet lui-même au créancier les deniers qu'il prête au débiteur pour le payer (comp. *supra*, n° 358 ; Mourlon, p. 294 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 179; Larombière, t. III, art. 1250, n° 77; Colmet de Santerre, t. V, n° 191 *bis*, XI; Gauthier, n° 157).

429. — Cette subrogation, dit l'article 1250-2°, s'opère sans le concours de la volonté du créancier.

Mais, pourtant, il faut bien que le débiteur obtienne une quittance, qui soit la preuve de sa libération.

Nous avons supposé, plus haut (n° 412), que le créancier consent à recevoir le payement et à en donner une quittance, mais qu'il refuse d'y laisser insérer la déclaration de l'origine et de l'emploi des deniers empruntés.

Supposons maintenant qu'il refuse le payement, et ne veut pas même donner une quittance pure et simple.

Il peut arriver aussi que le débiteur ne puisse pas payer entre les mains du créancier, lors même que celui-ci consentirait à recevoir et à laisser insérer dans la quittance la déclaration de l'origine des deniers, parce que peut-être les justifications nécessaires à la validité du payement ne sont pas encore fournies par lui.

Or, il est manifeste que le refus du créancier, ou l'impossibilité accidentelle, où il se trouverait de recevoir valablement, ne saurait enlever au débiteur le droit que la loi lui accorde, précisément *sans le concours de la volonté du créancier*, de consentir la subrogation au profit du prêteur.

Aussi, déjà dans notre ancienne jurisprudence, le dé-

biteur, en cas pareil, était-il autorisé à faire des offres réelles au créancier et à consigner (comp. arrêt du Parlement de Paris, rapporté par Merlin, *Répert.*, v° *Consignation*, n° 13).

Tel est encore le mode de procéder, auquel le débiteur doit avoir recours.

Ce procédé est, en effet, conforme au droit commun (art. 1257 et suiv.).

Et il a même été réglementé, précisément pour l'espèce de subrogation qui nous occupe, par l'article 12 de l'Ordonnance du 3 juillet 1816, relative aux attributions de la caisse des dépôts et consignations.

Cet article est ainsi conçu :

« Les reconnaissances de consignation délivrées à Paris par le caissier, et, dans les départements, par le préposé de la caisse, énonceront sommairement les arrêts, jugements, actes ou causes, qui donnent lieu aux dites consignations ; et, dans le cas où les deniers consignés proviendraient d'un emprunt et qu'il y aurait lieu à opérer une subrogation en faveur du prêteur, il sera fait mention expresse de la déclaration faite par le déposant, conformément à l'article 1250 du Code civil, laquelle produira le même effet de subrogation, que si elle était passée devant notaire.... »

En effet, si la déclaration faite par le déposant, n'est point alors passée devant notaire, elle n'en a pas moins le caractère d'authenticité, attestée qu'elle est aussi par un officier public.

Or, telle est finalement la condition, que le législateur exige.

Et voilà comment le procès-verbal dressé par l'huissier, de la réception par le créancier des offres réelles qui lui auraient été faites, pourrait aussi équivaloir à l'acte notarié, s'il contenait la déclaration de l'origine des deniers (comp. Merlin, *loc. supra cit.* ; Delvincourt, t. II, p. 559 ; Toullier, t. IV, n° 131 ; Duranton, t. XII, n° 131 ;

Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 180; Colmet de Santerre, t. V, n° 191 *bis*, XIII; Larombière, t. III, art. 1250, n° 73; Gauthier, n° 176).

430. — Il a même été jugé que les offres réelles peuvent être faites au créancier, à la requête du prêteur de deniers.

Et nous n'y voyons pas, en effet, d'obstacle (comp. *supra* n° 428; Cass., 11 juill. 1843, Villa, Dev., 1844, I, 379).

431. — Nous venons d'expliquer les deux conditions que la loi exige pour la validité de cette seconde espèce de subrogation conventionnelle, à savoir: un acte d'emprunt notarié et une quittance notariée, avec déclaration de la destination dans l'un, et de l'emploi dans l'autre.

Ces deux conditions suffisent,

Mais elles sont indispensables.

432. — Elles suffisent, disons-nous.

Il est évident, en effet, qu'on ne pourrait en exiger aucune autre, sans ajouter arbitrairement au texte de la loi.

Et voilà pourquoi on ne doit pas, suivant nous, admettre la doctrine de Toullier, qui enseigne qu'il faut que les titres soient remis au prêteur subrogé (t. IV, n°s 126, 128 et 138).

Le texte n'exige pas cette condition.

Et, d'après les principes, la remise des titres n'est pas plus nécessaire pour la validité de la subrogation, qu'elle ne l'est pour la validité du transport-cession de la créance. (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 486; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a*; et *Traité de la Vente*, t. II, art. 1690; Gauthier, n° 178).

433. — Nous ajoutons que ces conditions sont indispensables.

La preuve en résulte du texte même de la loi :

« Il faut, *pour que cette subrogation soit valable*, que.... »

Ces termes de l'article 1250-2° expriment, formellement, que la subrogation ne peut pas être valable, en dehors des conditions qu'il exige.

C'est que ces conditions, en effet, sont substantielles, le législateur ayant considéré qu'il n'était pas possible, sans elles, d'atteindre le but qu'il se propose.

Ce qui fait dire à Mourlon que la subrogation est *un contrat solennel,* et non pas seulement *un contrat consensuel* (p. 314 et suiv.).

Aussi, faudrait-il tenir pour nulle, une subrogation conventionnelle, qui ne serait constatée que par des actes sous signatures privées.

Et c'est très-justement que Toullier signale *comme contraire à tous les principes reçus en matière de subrogation,* un arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 1806, qui a déclaré valable une subrogation ainsi constatée; cet arrêt, d'ailleurs, a été rendu avant la promulgation du Code, et dans des circonstances, sans doute, toutes particulières (comp. Sirey, 1806, I, 401; Toullier, t. IV, n° 129).

434. — On ne pourrait même réparer, par aucun acte postérieur, la nullité de la subrogation, qui aurait été consentie en dehors des conditions substantielles, auxquelles le législateur l'a soumise.

Les principes du droit, d'accord avec l'intérêt des tiers, y font un insurmontable obstacle!

Est-ce la déclaration de destination des deniers, qui manque dans l'acte d'emprunt?

Le prêt est pur et simple! et c'est en vain que, dans l'acte de quittance, il serait déclaré que le payement a été fait avec les deniers empruntés (comp. *supra*, n° 408).

Est-ce, au contraire, la déclaration d'emploi, qui manque dans la quittance? le payement est pur et simple! et c'est vainement aussi que la déclaration de destination se trouverait dans l'acte d'emprunt! (comp. Cass., 12 août 1855, Grasset, Dev., 1855, I, 769; Nîmes, 21

mai 1860, Fabre-Lichaire, Dev., 1860, II, 303; Toullier, t. IV, n° 129; Larombière, t. IV, art. 1250, n° 71; Gauthier, n° 159).

435. — La nullité de la subrogation, qui manque des conditions requises par la loi, est, en conséquence, opposable à quiconque prétendrait se prévaloir de cette subrogation.

C'est avec raison, suivant nous, que M. Gauthier s'élève contre une distinction, que Toullier a proposée :

D'après le savant auteur, l'authenticité de l'acte d'emprunt constatant la destination des deniers empruntés, ou de la quittance constatant leur emploi, ne serait indispensable qu'autant que les droits, que la subrogation doit transmettre, intéressent les autres créanciers, tels que les priviléges, les hypothèques qui confèrent un droit de préférence.

Quant aux droits qui n'intéressent pas les autres créanciers, mais qui concernent uniquement la personne du débiteur, telles que *la contrainte par corps, l'admissibilité au bénéfice de cession, l'exécution parée*, l'authenticité des actes ne serait pas nécessaire; et le débiteur lui-même ne serait pas recevable à proposer, de ce chef, la nullité de la subrogation.

Cette distinction nous paraît, en effet, inadmissible, parce qu'elle est contraire au texte absolu de l'article 1250, et qu'en cette matière, qui est de droit étroit, on ne saurait maintenir, envers personne, une prétendue subrogation, qui manque des conditions essentielles, auxquelles le législateur a subordonné son existence!

436. — Aussi, croyons-nous que M. Gauthier, qui combat la doctrine de Toullier, a fait lui-même à cette doctrine une concession compromettante, en l'admettant pour le cas, dit-il, *où c'est par le fait du débiteur que la quittance n'a pas été réalisée dans la forme authentique.* (n° 161.)

C'est au prêteur, qui veut obtenir la subrogation, qu'il

appartient de veiller à l'exécution des conditions, que la loi exige pour qu'elle soit obtenue.

Et le double motif, que nous venons de déduire du texte de la loi et des principes, pour conclure que la subrogation, qui manque de ces conditions, est nulle *erga omnes*, ce double motif, disons-nous, s'oppose, suivant nous, à la sous-distinction de M. Gauthier, aussi bien qu'à la distinction de Toullier.

437. — *c.* Faut-il parler des effets de cette subrogation?

A quoi bon ?

Puisque nous avons établi que les effets de la subrogation sont toujours semblables, quelle que soit la cause d'où elle procède, de la convention ou de la loi.

Il est vrai !

Et nous ne pouvons, en effet, qu'affirmer encore ici cette similitude (art. 1252 ; comp. *supra*, n° 384).

438. — Toutefois, il ne sera pas inutile de rappeler, historiquement du moins, que la subrogation, qui est consentie par le débiteur, sans le concours de la volonté du créancier, est celle qui eut le plus de peine à se faire reconnaître, et qui n'obtint, pour ainsi dire, qu'un à un, très-laborieusement, tous les effets, qui lui appartiennent.

Renusson a consacré son chapitre XIII tout entier à l'examen de cette question, qui en forme le titre :

« *Si la subrogation consentie par le débiteur doit avoir effet, non-seulement contre le débiteur qui a emprunté, mais aussi contre ses cautions, codébiteurs et coobligés, qui n'ont pas donné leur consentement à la subrogation.* »

Après avoir rappelé que l'ancienne jurisprudence décidait la négative, il avoue que, depuis vingt années, plusieurs arrêts semblent établir une jurisprudence contraire ; et, en blâmant *cette nouveauté*, il conclut, avec l'adhésion de Sérieux, son annotateur, « *qu'il ne doit pas dépendre d'un débiteur, qui a donné caution, de faire chan-*

ger à sa caution de créancier, quand bon lui semble » (nos 20, 22, 44).

Mais est-ce que le créancier ne peut pas faire changer à sa caution de créancier, quand bon lui semble?

Certainement oui, il le peut, soit en cédant sa créance à un tiers, soit en subrogeant à ses droits un tiers, qui le paye de ses deniers.

Or, pourquoi le débiteur ne pourrait-il pas faire ce que peut faire le créancier?

Il le pourrait avec le consentement de celui-ci.

Eh bien! quand il arrive que le créancier refuse injustement d'y consentir, par égoïsme, par dureté, par mauvais vouloir, est-il excessif que la loi ne veuille pas que le débiteur soit victime de cette résistance injuste?

Non sans doute!

Et voilà, en effet, par quel motif la subrogation, consentie par le débiteur, triomphant des entraves qu'on lui suscitait, a fini par obtenir la plénitude des effets, que les autres espèces de subrogation produisent.

439. — Aussi, produit-elle également ses effets aujourd'hui contre les tiers détenteurs.

Nous avons rappelé déjà les objections, qui lui ont été faites sur ce point, et que, même sous l'empire de notre Droit moderne, d'éminents jurisconsultes ont continué à prétendre qu'elle ne pouvait pas transmettre au subrogé les hypothèques grèvant des immeubles qui se trouvaient entre les mains des tiers-détenteurs. (*supra*, n° 321).

Il y a, disait-on, entre la subrogation consentie par le débiteur et les autres espèces de subrogation, cette différence que, tandis que celles-ci transmettent au subrogé la même créance qui appartenait au subrogeant, la subrogation consentie par le débiteur transmet une créance semblable, il est vrai, et de même force, mais pourtant nouvelle et différente.... « *Non ipsum jus primi creditoris, saltem jus simile et æque potens.* » (Dumoulin, *De Usuris* n° 276; comp. Renusson, chap. IV, n° 24.)

Mais cette théorie, subtile et métaphysique, ne manquait pas seulement de clarté ; la logique y faisait aussi défaut ; nous lui avons déjà reproché la contradiction manifeste qu'elle commettait, en maintenant le subrogé au même rang d'hypothèque que le subrogeant, à l'encontre des créanciers intermédiaires, et en ne lui permettant pas de succéder à l'hypothèque du subrogeant sur les immeubles, qui se trouvaient entre les mains des tiers détenteurs. (Comp. *supra*, n° 324.)

Aussi déjà, dans notre ancien Droit, Pothier ne voulait-il pas s'y soumettre ; et il enseignait que la subrogation consentie par le débiteur produit, comme les autres subrogations, son effet contre les tiers détenteurs. (Comp. *Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans*, n° 80.)

Ce fut encore là l'un des plus notables progrès de la doctrine française sur la doctrine romaine.

Et ce progrès est depuis longtemps irrévocablement acquis (comp. le t. VI de ce *Traité*, n° 795).

440. La subrogation, avons nous dit, ne peut pas nuire aux tiers.

Il peut bien arriver parfois qu'elle leur profite ;

Mais qu'elle leur nuise, jamais !

C'est particulièrement en ce qui concerne l'espèce de subrogation, qui nous occupe, qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler ce principe fondamental de notre matière.

Une convention nouvelle de prêt vient, en effet, de se former entre le prêteur subrogé et le débiteur subrogeant.

Et les conditions de cette convention, d'où résulte la nouvelle créance, peuvent être différentes des conditions de la créance, à laquelle le prêteur est subrogé.

Eh bien ! le prêteur, en tant que subrogé, ne pourra se prévaloir de l'ancienne créance que dans l'exacte limite des droits qu'elle conférait au créancier, que ses derniers ont servi à satisfaire.

Au delà de cette limite, il n'aura que les droits nou-

veaux, qui pourraient résulter, pour lui, de la nouvelle convention, qu'il a faite avec le débiteur.

B.

DE LA SUBROGATION LÉGALE.

SOMMAIRE.

441. — Définition de la subrogation légale.
442. — Explication des motifs sur lesquels elle est fondée.
443. — Historique de la subrogation légale.
444. — Suite.
445. — Suite.
446. — Suite.
447. — La subrogation légale ne peut exister qu'en vertu d'un texte; et l'article 1251 doit être considéré comme limitatif.
448. — Division.

441. La subrogation légale est celle, qui s'opère *de plein droit*, par la seule puissance de la loi, au profit de celui qui paye, sans qu'aucune convention soit nécessaire ni avec le créancier, ni avec le débiteur. (art. 1250, 1251.)

442. — C'est dans l'équité, qu'il faut en chercher la raison d'être; dans l'équité, qui est la vraie base de la subrogation.

A qui la subrogation légale est-elle accordée?

A ceux qui peuvent être forcés de payer la dette d'autrui, ou du moins qui ont un légitime intérêt à la payer.

Or, n'est-il pas équitable que ceux-là, en effet, soient subrogés aux droits du créancier, pour le recouvrement de l'avance qu'ils pouvaient être forcés de faire, ou que de sérieuses raisons d'intérêt leur commandaient?

Assurément oui! le payement fait pour autrui, dans de telles circonstances, est tout-à-fait digne de la faveur de la loi.

Q'un tiers, qui va, de son plein gré, payer la dette d'un autre, ne puisse être subrogé qu'en vertu d'une convention, soit avec le créancier, soit avec le débiteur, cela est juste!

S'il trouve périlleux pour lui un payement fait purement et simplement, qu'il ne le fasse pas; rien ne l'y force!

Et non-seulement la subrogation de plein droit en sa faveur, ne serait justifiée par aucun motif; mais elle pourrait offrir des dangers, en donnant au premier venu le moyen de se substituer aux créanciers pour tourmenter et *molester* le débiteur. (Comp. *supra*, n° 66.)

Mais il n'en est plus ainsi, lorsque le payement de la dette d'autrui se trouve justifié par des motifs légitimes, qui excluent, de la part de celui qui le fait, toute intention malveillante.

Le législateur alors a considéré, avec grande raison, qu'il était juste d'accorder une subrogation, qui profite à celui qui fait le payement, sans nuire à personne!

Voilà la subrogation légale.

Et dans les cas, en effet, où le législateur l'accorde, elle a lieu, comme dit l'article 1251, *de plein droit*, sans qu'il soit besoin ni d'aucune *convention*, ni d'aucune *réquisition*.

443. — C'est là une innovation, qui constitue certainement encore un progrès du droit nouveau sur l'ancien droit.

Dans l'ancien droit, en effet, il y avait, en quelque sorte, à côté de la subrogation conventionnelle, deux sortes de subrogation légale :

L'une, qui s'accomplissait de plein droit, sans aucune manifestation de volonté des parties;

L'autre, qui ne s'accomplissait qu'autant que celui, qui payait, en faisait la réquisition au créancier.

« La subrogation, dit Pothier, se fait de différentes manières : ou en vertu de la loi seule; ou en vertu de la réquisition, qui en est faite au créancier; ou en vertu de la convention avec le créancier, ou en vertu de la convention avec le débiteur. » (*Introduct.* au tit. XX, de la Cout., d'Orléans n° 69.)

Et, après avoir, dans un premier paragraphe, traité

de la subrogation, qui se fait en vertu de la loi seule, il traite, dans un second paragraphe, *de la subrogation, qui se fait en vertu de la réquisition, qui en est faite.*

Quels étaient donc ceux, qui, n'étant pas subrogés *par la loi seule*, pouvaient être subrogés par la *réquisition, qu'ils en faisaient*, quoique d'ailleurs aucune convention n'intervînt, ni avec le créancier ni avec le débiteur ?

C'étaient le coobligé, la caution, le tiers-détenteur de biens hypothéqués à la dette. (*loc. supra cit.*, n° 75.)

Nos anciens ne leur accordaient pas la subrogation légale, celle qui émane de la loi seule.

Mais, disaient-ils, ils sont en droit, lorsqu'ils payent, d'exiger que le créancier les subroge en tous ses droits; et il peuvent lui dire :

Ou déchargez-nous, ou subrogez-nous.

C'était l'ancienne exception *cedendarum actionum.*

Et si le créancier refusait de leur céder ses actions ? s'il ne consentait ni à les subroger ni à les décharger ?

« Autrefois, dit Pothier, il fallait l'assigner pour faire prononcer la subrogation sur son refus ; mais, ajoute-t-il, selon la jurisprudence présente, il suffit que la subrogation ait été requise par la quittance, pour que la loi supplée, de plein droit, au refus injuste que le créancier ferait de l'accorder. » (*loc. supra cit.*, n° 76 ; comp. *Traité des obligations*, n°s 280 et suiv.)

Oui ! la réquisition étant une fois faite par le coobligé, la caution ou le tiers-détenteur, le refus du créancier ne pouvait pas empêcher la subrogation de s'accomplir à leur profit.

Mais toujours fallait-il que la réquisition fût faite !

444. — Eh ! pourquoi donc ?

Quel motif y avait-il de cette différence entre la subrogation légale, qui s'accomplissait sans réquisition, et cette autre subrogation, légale aussi, mais qui ne s'accomplissait qu'au moyen d'une réquisition ?

Le créancier postérieur, par exemple, qui payait les

créanciers antérieurs, était subrogé par la loi seule, de plein droit, sans avoir rien à requérir;

Tandis que la caution, le coobligé ou le tiers-détenteur, qui payaient, n'obtenaient la subrogation que sous la condition de la requérir!

On répondait, pour expliquer cette différence, que dans le premier cas, la volonté d'acquérir la subrogation aux droits du créancier antérieur n'est pas douteuse de la part du créancier postérieur, qui le paye; car il ne peut avoir d'autre intérêt à le payer que pour acquérir cette subrogation;

Tandis que, au contraire, dans le second cas, la volonté d'acquérir la subrogation n'est pas suffisamment déclarée de la part de la caution, du coobligé, ou du tiers-détenteur; car ils sont censés payer dans la seule vue de satisfaire à leur obligation ou d'éviter le délais de l'héritage. (Comp. Renusson, chap. VII, n° 68, et chap. IX, n° 7; Pothier, *des Obligations* n°s 280-558; et *Introduct.* au tit. XX de la Cout., d'Orléans, n°s 72-75.)

Mais combien il s'en fallait que cette explication fût satisfaisante!

Est-ce que, en effet, l'équité, qui est, pour ainsi dire, l'âme de cette institution même, ne protestait pas contre une telle inégalité!

Si la caution, le coobligé, ou le tiers-détenteur, ont un intérêt à payer la dette d'autrui, s'ils peuvent même être forcés de la payer, ils n'en sont certes pas pour cela moins intéressants que celui qui vient la payer volontairement! Et puis, d'ailleurs, cette dette, qu'ils payent, elle est la dette d'un autre; ils ne la payent, qu'avec l'intention de recouvrer leur avance; n'est-il pas équitable de leur assurer, pour ce recouvrement, le bénéfice d'une subrogation, qui leur profite, sans nuire à personne!

Pourquoi donc exiger d'eux une réquisition expresse?

On présumait pourtant qu'ils n'avaient pas la volonté d'acquérir la subrogation!

Mais une telle présomption n'était évidemment pas conforme à la vérité du fait, ni à l'intention la plus certaine des parties.

La belle apparence, en effet, que celui qui paye une dette qui n'est pas la sienne, ne veuille pas obtenir les meilleures garanties possibles pour son recouvrement!

C'est la présomption toute contraire, qu'il fallait établir, et que ceux qui payent la dette d'un autre, ont, en effet, la volonté d'obtenir les moyens les plus sûrs pour rentrer dans leurs avances.

Car nul n'est présumé renoncer à ses droits!

445. — Voilà précisément la thèse, que Dumoulin entreprit de soutenir, dans la première des leçons solennelles, qu'il fit à Dôle (t. III, p. 391, n[os] 23-28).

Il soutint, dit Pothier, *contre le sentiment de tous les Docteurs*, qu'un codébiteur solidaire, une caution, et généralement tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres, étaient, en payant, subrogés de plein droit, quoiqu'ils n'eussent pas requis la subrogation. Sa raison était qu'ils devaient toujours être présumés n'avoir payé qu'à la charge de cette subrogation, qu'ils avaient droit d'exiger, personne ne pouvant être présumé négliger ses droits et y renoncer « .... *et sic semper inest tacitum pactum, cum hoc sit de natura actus*... » (*loc. supra cit.*).

Mais, ajoute-t-il, cette opinion de Dumoulin n'a pas prévalu; et l'on a continué à enseigner dans les Écoles, et à pratiquer au Barreau, que les cautions et tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres, n'étaient subrogés aux actions du créancier, que lorsqu'ils avaient requis la subrogation (*loc. supra cit.*).

Il est vrai! quoique pourtant Duparc-Poullain témoigne que l'opinion de Dumoulin était, même dès ce

temps-là, suivie en Bretagne. (*Princ. de droit*, t. VII, p. 235; Toullier, t. IV, nº 147.)

Mais ce qu'il faut reconnaître, c'est que le jour où, pour la première fois, Dumoulin proclama ce principe, la subrogation légale était fondée en faveur de tous ceux qui payent une dette, dont ils sont tenus avec d'autres ou pour d'autres!

L'illustre jurisconsulte, comme il arrive quelquefois aux hardis promoteurs de l'idée nouvelle, n'a pas eu la satisfaction d'assister au triomphe de sa doctrine.

Cette doctrine, qu'il fondait surtout, comme il le fallait bien de son temps, sur l'interprétation de divers fragments empruntés aux jurisconsultes romains, rencontrait là des objections, dont ses adversaires tiraient grand parti contre elle (comp. notamment L. 76, ff., *de solut.*; L. 1, § 13, ff., *de Tutel et rat.*; L. 39, ff., *de fidejius*).

Mais la raison et l'équité étaient pour sa thèse; et l'avenir lui réservait infailliblement le succès.

446. — Ce succès est, en effet, venu!

Et nous allons voir la doctrine de Dumoulin consacrée dans l'article 1251 de notre Code.

Voici les termes de cet article :

« La subrogation a lieu de plein droit :

« 1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques;

« 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué;

« 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter;

« 4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de de ses deniers la dette de la succession. »

Tels sont les cas dans lesquels la subrogation légale a lieu.

Le texte même de notre article suffit à démontrer qu'il n'existe plus aujourd'hui de différence entre les uns et les autres.

Ou la subrogation légale n'a pas lieu du tout;

Ou elle a lieu de plein droit, sans qu'aucune réquisition soit nécessaire.

447. — Est-ce la peine de dire que l'article 1251 est limitatif?

Il est évident que la subrogation *légale* ne peut être établie que par *la loi*, et que, par conséquent, elle ne peut être invoquée qu'en vertu d'un texte.

Ajoutons qu'elle constitue, en effet, une exception aux principes généraux du Droit; et qu'elle doit être renfermée d'autant plus sévèrement dans les limites que la loi elle-même lui a marquées.

Aussi, pouvons-nous conserver encore, dans notre Droit nouveau, la maxime de notre ancien Droit :

. . . . *Non transeunt actiones nisi in casibus jure expressis.* (Comp., Dumoulin, sur la loi 76, ff. *De solut.;* Pothier, n° 280; Cass. 3 juill. 1854, de Chazour, Dev. 1854, I, 423; Toullier, t. IV, n° 139; Duranton, t. XII, n° 180; Larombière, t. IV, art. 1251, n° 3.)

448. — Nous avons maintenant à examiner successivement les quatre cas dans lesquels l'article 1251 établit la subrogation de plein droit.

I.

DE CELUI QUI, ÉTANT LUI-MÊME CRÉANCIER, PAYE UN AUTRE CRÉANCIER, QUI LUI EST PRÉFÉRABLE, A RAISON DE SES PRIVILÉGES OU HYPOTHÈQUES.

SOMMAIRE.

449. — Explication historique du premier cas de subrogation légale établi par l'article 1251.
450. — Suite.
451 — Suite.

449. — Primus, Secundus et Tertius sont trois créanciers hypothécaires inscrits snr le même immeuble :

Primus, au premier rang, pour 15 000 fr.;

Secundus, au second rang, pour 5000 fr.;

Tertius, au troisième rang, pour 10 000 fr.

Tertius paye à Primus les 15 000 fr., qui lui sont dus.

Et le voilà subrogé à son droit hypothécaire, et à tous ses autres droits.

Mais comment donc? et pourquoi?

Quel peut être l'intérêt de Primus à payer Tertius?

Quel peut être son intérêt à lui être subrogé?

Est-ce d'étendre le bénéfice de la subrogation à sa créance personnelle, qui est au troisième rang, et de la faire monter au premier rang, de manière à être payé en même temps, par priorité, des deux créances maintenant réunies dans sa main, de celle de Primus et de la sienne?

Apparemment non!

Une telle prétention serait, évidemment, inadmissible! (Voy. toutefois *infra*, n° 479.)

La subrogation, en effet, qui ne doit jamais nuire aux tiers, nuirait alors, de la façon la plus inique, à Secundus, puisque du second rang, qui est le sien, il descendrait au troisième rang, par le fait de Tertius, et que, au lieu d'être primé par une seule créance de 15 000 fr., il serait désormais primé par deux créances, montant ensemble à 25 000 fr.!

Ceci est donc impossible! et Tertius demeure certainement au troisième rang pour sa créance personnelle de 10 000 fr.

C'est ce que le jurisconsulte Paul remarquait dans une hypothèse semblable à la nôtre :

« . . . *Planè cum tertius creditor primum de suâ pecuniâ dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit...* » (L. 16, ff. *Qui pot. in pign.*)

Pourquoi donc alors Tertius a-t-il payé Primus?

Et pourquoi lui est-il subrogé?

Cette subrogation a-t-elle pour but de lui faire recouvrer plus sûrement l'avance des 15,000 fr., qu'il a faite?

Mais si tel est le but de la subrogation, il y a une chose bien plus simple à faire de la part de Tertius c'est de garder son argent!

La vérité est que le motif de cette subrogation légale n'apparaît pas de lui-même, à première vue.

L'explication en est d'abord historique.

C'est, en effet, du droit romain qu'elle nous est venue; et la disposition de l'article 1251 a son origine dans la Constitution 3 de Justinien, au Code. (*De his, qui in priorum creditorum locum succedunt.*)

En droit romain, le premier créancier hypothécaire avait seul le droit de procéder à la vente de la chose hypothéquée; de là vient que les interprètes l'ont appelé, non pas seulement le premier, *prior*, mais le plus puissant, *potentior*. (Comp. L. II, ff. *Qui pot. in pign.;* L. 5 et 6, ff. *De distract. pign.;* L. 1 et 8, Cod. *Qui pot. in pign.;* le président Favre, *De err. pragm.* Lib. I, cap. I.)

Mais qu'en résultait-il?

C'est que le premier créancier pouvait, à son gré, soit tenir en échec et paralyser, par son inaction les autres créanciers; soit, au contraire, leur nuire par son action intempestive, en procédant à la vente de la chose hypothèquée, dans des circonstances défavorables.

C'est afin de protéger les créanciers postérieurs contre cet abus, qu'il fut décidé, par les Constitutions impériales, que le créancier postérieur, qui payerait le créancier antérieur, succéderait eu son lieu et place, *in locum ejus;* et que, en cas de refus du créancier antérieur de recevoir, le créancier postérieur aurait le droit de lui offrir son paiement; de sorte que les offres régulièrement faites tiendraient lieu, à son égard, de payement avec subrogation.

Et de là, en effet, ce droit, célèbre dans la jurisprudence, sous le nom de *jus offerendæ pecuniæ,* ou, plus brièvement, de *jus offerendi*, que nous avons continué à appeler *le droit d'offrir* et qui constituait, dès ce temps même, une sorte de subrogation légale. (Comp., Renusson, chap. IV, n° 6; Merlin, Répert, v°. *Droit d'offrir.*)

Cette explication de son origine a suffisamment dé-

montré le but, que les Romains se proposèrent en l'établissant, et qui était, en effet, de permettre au créancier postérieur de fortifier sa propre créance, *jus suum confirmare*, en acquérant le droit exclusif de réaliser le gage commun, au lieu et place du créancier antérieur désintéressé par lui, *dimissus*. (L. I, Cod. *Qui pot. in pign.*)

450. — Notre ancienne jurisprudence n'avait pas maintenu ce droit exorbitant du créancier antérieur, qui mettait à sa discrétion les créanciers postérieurs.

Tout au contraire ! elle autorisait chacun des créanciers, le dernier aussi bien que le premier, à poursuivre judiciairement la vente de l'immeuble.

D'où certains auteurs avaient conclu que le *jus offerendæ pecuniæ* n'avait pas lieu en France, puisque le motif, qui l'avait fait introduire chez les Romains, n'existait pas chez nous ; et ils enseignaient que le créancier postérieur, qui payait un créancier antérieur, ne pouvait être subrogé à ses droits qu'en vertu d'une subrogation conventionnelle. (Comp. Loyseau, *Des offices*, *liv.* III, chap. IV, n° 66.)

Mais la grande majorité tenait pour la doctrine contraire, qui avait, en effet, prévalu ; et c'était aussi, dans notre ancienne jurisprudence, un principe certain que la subrogation avait lieu, de plein droit, au profit du créancier, qui payait un autre créancier *pour assurer son hypothèque*. (Pothier, *Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans*, n° 72.)

Voilà comment la femme, qui employait ses deniers à payer les anciens créanciers de son mari, était subrogée de plein droit à leurs priviléges et hypothèques. (Comp. Basnage, *des Hypoth.*, chap. XV, p. 364 ; Renusson, chap. IV, p. 42 ; Bretonnier, v° *Subrogation*, t. II, p. 280.)

451. — Les auteurs de notre Code ont aussi consacré ce principe ; et ils ont fait du *jus offerendæ pecuniæ*,

en le perfectionnant, le premier cas de subrogation légale.

L'explication historique, que nous venons d'en fournir, ne pourrait pas, il est vrai, le justifier aujourd'hui; l'ancien *jus offerendæ pecuniæ,* qui était la conséquence et le correctif du droit exclusif, qui appartenait au premier créancier, a, dès longtemps, perdu sa raison d'être par l'abolition de ce droit.

Mais d'autres motifs, très-sérieux aussi et très-légitimes, devaient le faire survivre à son motif originaire.

Il peut, en effet, importer beaucoup au créancier postérieur de payer le créancier antérieur :

Soit afin d'empêcher la vente du gage commun, que ce créancier, sûr qu'il est, lui, d'être payé, voudrait poursuivre dans des circonstances inopportunes, où les biens se vendraient mal, et n'atteindraient pas un prix suffisant pour payer les derniers créanciers; prix qu'ils atteindraient peut-être, si la vente était faite dans des circonstances meilleures;

Soit afin de simplifier les poursuites et de diminuer les chances de contestations et la masse des frais, en diminuant le nombre des créanciers (art. 773, Code de Procéd.); ou en désintéressant ceux qui se montreraient tracassiers et impatients.

452. — Ce que nous venons de dire révèle le caractère particulier de ce premier cas de subrogation, et qu'il se distingue des autres cas de subrogation établis dans l'article 1251, par une singularité, qu'il n'est pas sans intérêt de remarquer.

Ce créancier qui vient en payer un autre, ne fait pas, en effet, ce payement dans l'intérêt du débiteur, mais dans son propre intérêt; il ne gère pas l'affaire du débiteur; c'est sa propre affaire qu'il gère !

La subrogation n'a pas alors pour but d'assurer le recouvrement d'une avance, que celui qui paye, serait obligé de faire.

Non! cette dette qu'il paye, il n'est tenu, en aucune manière, de la payer, ni personnellement, ni réellement.

S'il la paye, c'est parce qu'il estime que son intérêt est de la payer.

Sans doute, il arrivera presque toujours que tel sera aussi l'intérêt du débiteur lui-même, et que le payement, fait par l'un des créanciers à l'autre, lui profitera.

Mais ce n'en est pas moins principalement dans l'intérêt du créancier postérieur, que cette faculté de payer avec subrogation a été introduite, afin de lui fournir le moyen *d'assurer son hypothèque*, disait Pothier, *jus suum confirmare*, disait la Constitution du Code (*supra*, n° 451).

Et, à ce point de vue, l'article 1251-1° apporte une exception notable au principe posé par l'article 1236, d'après lequel le tiers, qui n'est ni coobligé ni caution, ne peut pas, lorsqu'il paye en son propre nom, obtenir la subrogation contre le gré du créancier.

Voici, en effet, un tiers qui vient, en son propre nom, payer la dette d'un autre, sans pouvoir y être contraint, et qui va être néanmoins subrogé, de plein droit, au créancier par lui payé.

Il est vrai!

Mais nous venons d'exposer les motifs, qui rendent ce payement favorable et très-digne de la protection du législateur. (Comp. *infra*, n° 495.)

453. — I. A qui cette subrogation légale est-elle accordée?

II. A quelles conditions est-elle soumise?

III. Quels en sont les effets?

Tels sont les trois points, que nous avons à examiner.

454. — I. L'article 1251-1° établit la subrogation, de plein droit, *au profit de celui qui étant lui-même créancier....*

C'est donc la qualité de créancier, dans la personne de celui qui paye, qui est la condition nécessaire pour que cette subrogation s'accomplisse.

D'où il suit que la subrogation devrait être déclarée nulle, dans le cas où, par une simulation frauduleuse, le payement aurait été fait par un tiers, qui, sans être créancier, en aurait pris faussement le titre.

L'intérêt, qui justifie cette subrogation, dérive essentiellement, en effet, de la qualité de créancier dans celui qui fait le payement. (*Supra*, n° 449.)

455. — Cette qualité, qui est nécessaire, nous paraît d'ailleurs suffisante par elle-même.

Aussi, ne pouvons-nous admettre la doctrine de Mourlon, qui enseigne que la subrogation n'aurait pas lieu, *s'il était démontré que le créancier, qui a payé, n'avait aucun intérêt légitime à écarter le créancier, qu'il a désintéressé* (p. 361-368).

La présomption d'intérêt, sur laquelle est fondée la disposition de l'article 1251-1°, n'est pas, dit le savant auteur, une présomption irréfragable *juris et de jure*; elle n'est qu'une présomption *juris tantum*, susceptible d'être combattue par la preuve contraire (art. 1352). Les juges peuvent donc admettre cette preuve, et décider, suivant les circonstances, qu'il n'y a pas lieu à la subrogation, lorsqu'il est établi que celui qui a payé, n'avait, quoique étant lui-même créancier, aucun intérêt à faire ce payement.

Mais le texte de la loi, d'accord avec le principe qui lui sert de base, nous paraît résister à une telle interprétation :

1° Le texte de l'article 1251 est, en effet, absolu ; il ne subordonne à aucune espèce de condition ni de vérification, la faculté qu'il accorde à celui qui est lui-même créancier, d'obtenir cette subrogation.

2° C'est que, en effet, il n'y a, ici, aucune présomption proprement dite; ce qu'il y a, c'est une faculté

accordée par la loi, dont le motif est sans doute qu'elle suppose, de la part du créancier qui paye un créancier qui lui est préférable, un intérêt à faire ce payement; mais la loi n'exige pas que cet intérêt soit constaté; et le motif de sa disposition n'est nullement entré dans son texte comme une condition d'exercice de la faculté qu'elle accorde.

3° Le système proposé par Mourlon ouvrirait d'ailleurs carrière à des difficultés de toutes sortes, qui n'auraient le plus souvent pour résultat, que d'entraver le légitime exercice de cette subrogation (comp. *supra*, nos 56-57).

456. — Ajoutons même que la loi ne détermine pas la mesure de l'intérêt ni l'importance plus ou moins grande de la créance de celui qui paye pour acquérir la subrogation.

Il suffit qu'il soit créancier!

Que sa créance soit forte ou qu'elle soit faible, absolument ou comparativement, il n'importe!

C'est lui seul qui est juge de la question de savoir s'il est de son intérêt de payer le créancier, qui lui est préférable.

457. — Faut-il que le créancier, qui paye, ait le même débiteur que le créancier, qui est payé?

Renusson semblait le supposer ainsi; il intitulait son chapitre IV, en ces termes :

« Si le créancier, qui paye un autre créancier *du même débiteur*, est subrogé de plein droit.... »

Et, dans le numéro 23 de ce chapitre, il paraît admettre, en effet, qu'il faut que les deux créanciers aient *un débiteur commun*.

Quoi qu'il en soit, cette condition n'est pas nécessaire sous notre Code.

Peu importe que les deux créanciers n'aient pas le même débiteur.

Ce qui est nécessaire, c'est qu'ils aient le même gage; c'est qu'il s'agisse du gage commun de leurs

créances : « ... *eâdem re duobus jure pignoris obligatâ....* » (L. 8, Cod. *Qui pot. in pign.*)

Voilà un immeuble, qui a été hypothéqué, successivement, à différents créanciers, par ceux qui en ont été tour à tour propriétaires.

Ces créanciers ont des débiteurs personnels différents.

Mais ils ont pour gage commun le même immeuble, *eadem res*.

L'un d'eux, en payant un autre qui lui est préférable, pourra-t-il obtenir la subrogation à ses droits ?

Evidemment, oui !

Car le motif qui a fait établir cette subrogation, existe aussi dans ce cas.

Pareillement, mettez en présence le créancier chirographaire du dernier propriétaire d'un immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèqués, au profit de créanciers des propriétaires précédents.

Pourquoi donc le créancier chirographaire du dernier propriétaire ne pourrait-il pas obtenir le bénéfice de la subrogation légale, en payant l'un des créanciers des précédents propriétaires? (Comp. Larombière, t. III, art. 1251, n° 8.)

458. — Le dernier exemple, que nous venons de fournir, a, par avance, annoncé que, suivant nous, il n'est pas nécessaire que le créancier, qui paye un autre créancier qui lui est préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques, soit lui-même privilégié ou hypothécaire, et que le payement fait par le créancier, même chirographaire, produit, à son profit, la subrogation de plein droit.

Il n'en était pas ainsi, toutefois, d'après les traditions antérieures :

Soit dans le Droit romain, d'après lequel le *jus offerendæ pecuniæ*, d'où dérive notre premier cas de subrogation légale, n'était accordé qu'aux créanciers hypothécaires (L. 10, Cod. *Qui pot. in pign.*) ;

Soit dans notre ancien Droit français, qui avait admis le principe romain, et dont les interprètes les plus autorisés enseignaient que « le droit d'offrir n'étant accordé au créancier que pour conserver et fortifier le droit qu'il a sur les biens de son débiteur, il n'y a que le créancier hypothécaire qui ait ce droit; *le simple chirographaire n'ayant de droit que contre la personne de son débiteur et n'en ayant aucun sur ses biens*. (Pothier, *Introduct. au tit.* XX de la Cout. d'Orléans, n° 72; comp. Dumoulin, *De usuris*, n° 276; Renusson, chap. IV; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. VI; Basnage, *Des hypoth.*, chap. XV, p. 368; voy. toutefois Duparc Poullain, *Princ. du Droit franc.*, t. VIII, p. 359.)

459. — On a prétendu, il est vrai, que notre Code avait lui-même conservé ces traditions, et que le mot : *préférable*, qui est employé dans l'article 1251-1°, impliquait, en effet, entre le créancier payant et le créancier payé, un *ordre de préférence*, qui ne peut exister qu'entre créanciers hypothécaires, comme la preuve en résulte, dit-on, des articles 2096 et 2097 (comp. Grenier, *Des hypoth.*, t. I, n° 91; Favard de Langlade, v° *Subrogation*, § 2, n° 2).

Mais cette doctrine n'a pas prévalu; et elle ne pouvait pas prévaloir :

1° Elle est, en effet, contraire au texte absolu de l'article 1251-1°, qui institue la subrogation de plein droit au profit de celui qui, *étant lui-même créancier*, paye un autre créancier, sans exiger que le créancier *payant* soit lui-même privilégié ou hypothécaire.

Le texte exige que le créancier payé lui soit préférable!

Oui!

Mais le créancier hypothécaire est *préférable* au créancier chirographaire.

Et à ne s'en tenir même qu'à la lettre du texte, cet argument se retourne contre la doctrine, qui l'emploie.

N'avait-on pas aussi prétendu, dans les commencements de la promulgation de notre Code, que l'hypothèque n'avait pas besoin d'être inscrite pour produire son effet à l'encontre des créanciers chirographaires; par le motif, disait-on aussi, que, d'après l'article 2134, l'inscription a pour but de déterminer le *rang* entre les créanciers, et qu'il ne peut pas s'établir de *rang* entre un créancier hypothécaire et un créancier chirographaire?

Mais une telle prétention n'a pas pu se soutenir; elle est tombée devant cet argument très-simple que, tout au contraire, c'est une *préférence,* et, par conséquent, un *rang,* que le créancier hypothécaire acquiert, par son inscription, contre le créancier chirographaire (comp. Cass., 11 juin 1817, D. Rec. alph., v° *hypoth.,* p. 222; Troplong, *Des hypoth.,* n° 568.)

D'où il suit que l'on est fondé à dire, sans s'écarter de la pureté du langage juridique, que le créancier privilégié ou hypothécaire est, en effet, *préférable* au créancier chirographaire.

2° Le texte de l'article 1251, ainsi entendu, est d'ailleurs très-conforme aux principes.

C'était une évidente exagération de dire, comme on disait autrefois, que le créancier chirographaire n'a de droit que contre la personne du débiteur, et qu'il n'a aucun droit sur ses biens!

Les articles de notre Code en ont fait, avec grande raison, justice.

Aux termes de l'article 2092 :

« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

Et, aux termes de l'article 2093 :

« Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers.... »

Il est donc incontestable que le créancier chirogra-

phaire a aussi un droit sur les biens de son débiteur; la preuve en est qu'il peut les saisir et les faire vendre comme le créancier hypothécaire, lorsqu'il est muni d'un titre exécutoire.

3° Enfin, s'il est une classe de créanciers, auxquels le bénéfice de la subrogation légale de l'article 1251-1° puisse être utile, c'est précisément celle des créanciers chirographaires !

Et il serait étrange que ce bénéfice leur fût refusé, à eux, qui en auront peut-être le plus souvent besoin, puisque, n'ayant pas de garanties pour le recouvrement de leurs créances, ils sont d'autant plus intéressés à ce que les biens du débiteur ne soient pas vendus dans des circonstances inopportunes, et à ce que des contestations entre les créanciers n'augmentent pas les lenteurs de la procédure et la masse des frais.

Concluons donc que l'article 1251-1° accorde la subrogation au créancier chirographaire, aussi bien qu'au créancier hypothécaire; l'espèce, que nous avons présentée plus haut (n° 449), n'était, sous ce rapport, que démonstrative (comp. Douai, 20 nov. 1839, Parmentier, Dev., 1840, II, 214; Caen, 26 nov. 1870, Juin, Dev., 1871, II, 263; Delvincourt, t. II, p. 560; Toullier, t. IV, n° 140; Duranton, t. XII, nos 149 et 153; Troplong, *des Hypoth.*, t. I, n° 356; Mourlon, p. 356 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 180; Massé et Vergé, t. III, § 563, note 13; Marcadé, art. 1251, n° 2; Colmet de Santerre, t. V, n° 193 *bis;* Larombière, t. III, art. 1251, n° 5; Gauthier, n° 223).

460. — L'article 1251 accorde la subrogation de plein droit à celui, qui paye un créancier qui lui est *préférable*, c'est-à-dire au créancier *postérieur*, qui paye un créancier *antérieur*.

Mais supposons, en sens inverse, que c'est un créancier *antérieur*, qui paye un créancier *postérieur*.

Sera-t-il aussi subrogé de plein droit ?

En Droit romain, de savants interprètes ont pensé que le *jus offerendæ pecuniæ* ne pouvait être exercé que par le créancier postérieur; et la vérité est que c'est surtout à lui qu'il pouvait être utile, sous le régime d'une législation, qui réservait exclusivement au créancier antérieur le droit de vendre le gage commun.

Plusieurs textes néanmoins reconnaissent le *jus offerendæ pecuniæ* au créancier antérieur; Paul, dans ses Sentences, est même, à cet égard, très-explicite (lib. II, tit. XIII, § 8); et on comprend, en effet, que ce droit pouvait être utile, même chez les Romains, au créancier antérieur; afin de prévenir ou d'arrêter des contestations entre les créanciers. Aussi plusieurs fragments vont-ils jusqu'à décider que, en cas de concours de deux créanciers, qui prétendent réciproquement s'écarter l'un l'autre, c'est le créancier antérieur, qui doit l'emporter sur le créancier postérieur (comp. L. 1 et 8 ff; L. 5, Cod. de *Distract. pign.;* Renusson, *loc. infra cit.*, n° 8).

Ce qui est certain, c'est que, dans notre ancien Droit français, la subrogation de plein droit était accordée au créancier antérieur, qui payait le créancier postérieur.

« On ne peut pas douter aussi, *e converso,* disait Renusson, que le créancier antérieur, qui viendrait payer le créancier postérieur, ne fût pareillement subrogé de plein droit au postérieur par le payement; en effet, il peut arriver qu'un créancier antérieur, pour ménager le bien d'un débiteur commun, et éviter la contestation, voudra payer le créancier postérieur; et en ce cas, il est raisonnable que le créancier antérieur ait pareil avantage que le postérieur.... » (Chap. IV, n° 14; ajout. Pothier, *Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans,* n° 72.)

Assurément oui! cela était raisonnable.

Car les motifs sont les mêmes pour l'un comme pour l'autre.

Ou plutôt, c'est *a fortiori* peut-être, que la subro-

gation de plein droit devrait être accordée au créancier antérieur, qui paye un créancier postérieur; car, si les contestations sont à craindre, c'est surtout de la part des créanciers postérieurs, qui sont exposés à ne pas venir en ordre utile, et que l'aveuglement de leurs intérêts compromis peut souvent jeter dans des prétentions, qui n'aboutiraient qu'à des lenteurs et à des frais.

Et pourtant, malgré ces motifs, nous croyons qu'il faut décider, sous l'empire de notre Code, que la subrogation de plein droit n'est pas accordée au créancier antérieur, qui paye un créancier postérieur.

La subrogation, en effet, est, comme nous l'avons dit, une exception aux principes généraux, qui ne saurait être étendue; et notamment, la subrogation légale ne peut pas exister au delà des termes, dans lesquels la loi elle-même l'a établie;

Or, le texte formel de l'article 1251-1° n'établit la subrogation de plein droit qu'au profit de celui qui paye un créancier, qui lui est préférable, c'est-à-dire évidemment qui est antérieur à lui;

Donc, il est impossible d'admettre la subrogation de plein droit au profit du créancier antérieur, qui paye un créancier, auquel il est, au contraire, lui-même préférable.

Si regrettable que cette conclusion puisse paraître, elle est commandée par le texte.

Mais nous croyons qu'il est permis de dire que le législateur de 1804 a fait, sur ce point, un pas en arrière, et que l'avantage appartient à l'ancien Droit sur le Droit nouveau.

On répond, il est vrai, que le créancier antérieur pourra, en vertu du numéro 1 de l'article 1250, obtenir la subrogation conventionnelle du créancier postérieur, qui, sans doute, ne la refusera pas, puisqu'elle lui procurera son payement; et que, d'ailleurs, en cas de refus du créancier postérieur, le créancier antérieur pourra,

en vertu du numéro 2 de l'article 1250, obtenir la subrogation conventionnelle du débiteur, qui ne demandera pas mieux, sans doute, que d'y consentir.

Mais ce double moyen était déjà aussi à la disposition du créancier postérieur, qui veut payer le créancier antérieur.

Or, le législateur ne lui en a pas moins accordé la subrogation de plein droit.

Notre objection demeure donc :

Pourquoi n'avoir pas aussi prévu, dans l'intérêt du créancier antérieur, le double refus du créancier et du débiteur?

Pourquoi n'avoir pas simplifié, pour lui, cette subrogation, en la lui accordant de plein droit, aussi bien qu'au créancier postérieur? (Comp. Toullier, t. IV, n° 141 ; Duranton, t. XII, n° 142; Troplong, *des Hypoth.*, t. I, n° 357; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 181; Larombière, t. III, art. 1251, n° 6 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 193 *bis*, II; Gauthier, n° 221 et suiv.).

461. — La même solution, que nous venons d'appliquer au créancier antérieur, qui paye un créancier postérieur, est aussi applicable au créancier, qui paye un autre créancier, qui est d'un rang égal au sien; comme s'il s'agit de deux créanciers hypothécaires inscrits le même jour (art. 2147).

Il peut avoir un intérêt très-sérieux pourtant, et très-légitime aussi, à l'écarter ; pour réduire, par exemple, le nombre des créanciers inscrits à moins de quatre, et éviter les frais et les lenteurs de la procédure d'un ordre (art. 772, *Cod. de Procéd.*).

Il est vrai !

Mais, puisqu'il est au même rang, il ne lui est pas *préférable !*

Et l'article 1251-1° n'accorde la subrogation de plein droit qu'au créancier qui paye un autre créancier, qui lui est préférable.

462. — L'article 1251 ne se borne pas là, d'ailleurs.

Et au mot : *préférable,* il ajoute ces autres mots : *à raison de ses privilèges ou hypothèques.*

D'où résulte une autre question encore, à savoir : si cette formule est restrictive; et si la subrogation de plein droit n'appartient au créancier *payant*, que dans le cas où le créancier *payé* lui est préférable, à raison d'un privilége ou d'une hypothèque?

Ou si, au contraire, elle appartient au créancier *payant,* toutes les fois que, par une cause quelconque, le créancier *payé* pouvait, directement ou indirectement, lui être préférable?

Le droit de résolution, par exemple, le droit de rétention, le droit d'antichrèse, rendent certainement la position des créanciers, auxquels ils appartiennent, meilleure que celle des autres créanciers.

Eh bien ! donc, celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier, auquel l'un de ces droits appartient, peut-il invoquer à son profit la subrogation légale de l'article 1251-1°?

L'affirmative semblerait conforme aux termes absolus, que la loi emploie dans les articles 1249 et 1250, qui comprennent, dans la subrogation, non-seulement *les priviléges et les hypothèques* du subrogeant, mais bien plus généralement *ses droits et actions* (comp. Marcadé, art. 1251, n° 1 ; Gauthier, n° 222 *bis*).

Nous pensons, toutefois, que cet aperçu ne serait pas exact, et qu'il faut répondre que le créancier, qui paye un autre créancier, n'obtient la subrogation de l'article 1251-1°, qu'autant que ce créancier lui est *préférable*, à raison d'un *privilége* ou d'une *hypothèque :*

1° Le texte de notre article est formel !

Et la rédaction en est d'autant plus notable, qu'elle se trouve en harmonie avec celle de l'article 2094, qui porte que :

« Les causes de *préférence* sont *les privilèges* et *hypothèques*.

2° L'origine de cette subrogation, qui procède du *jus offerendæ pecuniæ*, le but spécial et défini qu'elle se propose, et qui est d'écarter un créancier préférable, *dimittere*, expliquent que le législateur ne l'ait, en effet, accordée que dans ces deux cas.

3° Ce n'est pas à dire que, lorsqu'elle sera accomplie dans les conditions, que le texte d a loi y a mises, cette subrogation ne produira pas des effets aussi étendus que les autres subrogations.

Mais ce qu'il faut, c'est qu'elle s'accomplisse dans les conditions que la loi y a mises.

Or, la subrogation légale au profit du créancier *payant* ne peut s'accomplir qu'autant que le créancier *payé* lu est préférable, en raison de l'une ou de l'autre des deux causes de préférence, que l'article 2094 exprime, c'est-à-dire : soit d'un *privilége*, soit d'*une hypothèque* (comp. Mourlon, p. 358 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 181; Larombière, t. III, art. 1251, n° 9).

463. — Voilà le vendeur d'un immeuble qui, à défaut de payement du prix, a formé contre l'acquéreur une demande en résolution de la vente.

Un créancier de l'acquéreur pourra-t-il, en lui offrant le payement du prix, prétendre être subrogé à son action en résolution et la lui enlever?

Nous ne le pensons pas.

Ce que demande, en effet, ce créancier, ce n'est pas de se substituer à la créance du vendeur.

Sa prétention, c'est d'acquérir, à l'exclusion et au détriment du vendeur, la propriété de l'immeuble, dans laquelle celui-ci va rentrer.

C'est en ce sens que la question a été décidée par la Cour de cassation, dans un arrêt remarquablement motivé au rapport de M. Laborie:

« Attendu que la subrogation est une dérogation au

principe général, qui ne permet d'acquérir les droits d'autrui que par le concours des volontés de celui qui acquiert et de celui qui transmet; qu'elle est, par conséquent, de droit étroit, et ne peut être exigée du créancier, à qui est faite une offre de payement, que dans les cas déterminés par la loi, et à la condition de ne pas lui nuire; que la disposition de l'article 1251, § 1, Code Napoléon, aux termes duquel « la subrogation a lieu, de « plein droit, au profit de celui qui, étant lui-même « créancier, paye un autre créancier, qui lui est préfé- « rable à raison de ses priviléges ou hypothèques, » suppose le concours de plusieurs créanciers, ne différant entre eux que par leur rang ou ordre de préférence, et dépourvus de tout intérêt à refuser leur payement de tel ou tel créancier, auquel ils seraient préférables, plutôt que de la part du débiteur lui-même; que cette disposition exclut ainsi l'idée d'un créancier prétendant se substituer, par sa seule volonté, à un autre créancier destitué ou s'abstenant de toute cause de préférence, et exerçant seulement un droit de résolution; Attendu que, hors des cas et des conditions où la subrogation de plein droit est admise par la loi, celui qui intervient pour payer le créancier, en se faisant subroger à ses droits et actions, ne peut obtenir ce résultat qu'au moyen de la subrogation conventionnelle, ou par l'acceptation des offres de payement faites sous cette condition; Attendu que le vendeur, créancier de son prix, qui, à défaut de payement, poursuit, contre l'acheteur, la résolution du contrat, ne saurait, dès lors, être assimilé au créancier hypothécaire ou privilégié, qui, poursuivant le recouvrement de sa créance, ne peut refuser son payement des deniers d'un autre créancier, auquel il serait préférable, et envers qui la subrogation s'opère alors de plein droit; que le vendeur serait tenu, sans doute, de recevoir son payement, même de la part de toute personne, s'il lui était offert sans aucune condition de subrogation; mais

que l'on ne saurait admettre que le vendeur, s'il a intérêt à rentrer, par la résolution du contrat, dans la propriété de l'immeuble vendu, fût obligé d'abandonner son action résolutoire à un autre créancier offrant de payer, non pour libérer le débiteur commun, et consolider ainsi, dans les mains de celui-ci, la propriété de l'immeuble par lui acheté, mais dans son propre intérêt, et afin de s'attribuer exclusivement les avantages de la résolution.... » (3 juill. 1854, de Chazourner, Dev., 1854, I, 423; comp. Alger, 15 juillet 1875, Dechaux, Dev, 1875, II, 249.)

464. — La même solution serait applicable, dans le cas où le créancier d'un donataire offrirait de payer au donateur le montant des charges sous lesquelles la donation aurait été faite, afin d'acquérir, à son détrimeut, l'action en révocation (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 576; Orléans, 26 mai 1848, de Talleyrand-Périgord, Dev., 1848, II, 615, Duranton, t. XIX, n° 150; Troplong, *des Priv. et Hypoth.*, t. I, p. 214; Larombière, t. III, art. 1251, n° 10; Pont, *des Priv. et Hypoth.*, art. 2103, n° 188).

465. — Il faut en dire autant du droit de rétention, d'où résulte seulement, pour le créancier qui possède la chose, la faculté de la *retenir*, sans qu'aucun privilége lui soit attribué sur le prix.

Aussi, son droit s'évanouit-il, lorsqu'il fait vendre la chose!

Et, dès lors, il n'est pas à craindre qu'il la fasse vendre dans un moment inopportun, où elle n'atteindrait pas son plus haut prix, puisque la perte qui pourrait en résulter, diminuerait le gage commun à son préjudice, aussi bien qu'au préjudice des autres créanciers.

Le motif qui a fait introduire le *jus offerendi* et la subrogation légale, qui en procède, n'est donc pas applicable à cette situation (comp. Mourlon, p. 358; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 181, Larombière, t. III, art. 1251, n° 9).

466. — Appliquerons-nous la même solution à l'antichrèse?

Non, si elle confère un privilége;

Oui, dans le cas contraire.

La question revient donc à savoir quel est l'effet de l'antichrèse, et s'il en résulte un privilége au profit du créancier antichrésiste.

Or, la négative nous paraît certaine.

L'antichrèse constitue, sans doute, une cause de préférence très-précieuse, en ce sens qu'elle donne au créancier le droit de se payer sur les fruits de l'immeuble, par préférence aux autres créanciers, et de retenir l'immeuble jusqu'à son parfait payement, à l'encontre des tiers-acquereurs, auxquels le débiteur aurait pu le transmettre.

Il est vrai que ce droit de rétention a même été contesté (comp. Paris, 24 juill. 1852, *J. du P.*, 1853, t. II, p. 203; Troplong, *Du Nantissement*, nos 448 et suiv., et 476 et suiv.) :

Mais, outre qu'il résultait déjà, suivant nous, des articles du Code Napoléon (2071, 2072, 2085), et du Code de commerce (art. 446), on peut dire qu'il est devenu incontestable depuis la loi du 23 janvier 1855, sur la transcription, qui l'a consacré (art. 2 n° 1 ; comp. Cass., 31 mars 1851, Denet, Dev. 1851, I, 305; Pont, *Du prêt*, art. 2093, 2094 n° IV).

Telle est donc la double prérogative de l'antichrèse : une préférence sur les fruits, qui sont transmis au créancier en vertu d'un droit de propriété, plutôt qu'en vertu d'un droit de créance, et le droit de rétention.

Mais un privilége sur le prix de l'immeuble, aucun texte ne l'y attache.

Et, au contraire, le texte a pris soin de dire qu'elle n'a pas ce caractère (art. 2091).

Aussi, ne voit-on pas l'antichrèse figurer dans la nomenclature des priviléges sur les immeubles (art. 2103).

Concluons donc que celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier antichrésiste, ne lui est pas subrogé de plein droit, en vertu de l'article 1251-1°.

467. — Quant au gage, il en est autrement!

Le gage, en effet, constitue un privilége (art. 2073, 2102-2°).

Et il rentre dans les termes de l'article 1251-1°.

D'où il suit que la subrogation de plein droit s'opère au profit du créancier, qui paye un autre créancier, qui est nanti d'un gage.

Mais, puisque le créancier qui paye est subrogé, il faut donc que le créancier gagiste lui remette la possession de la chose, qui lui a été remise à lui-même par le débiteur?

Assurément oui!

Telle est la condition du gage.

Aux termes de l'article 2076 :

« Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le « gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en « la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre « les parties. »

Rien de plus simple, si le gage, auquel le créancier, qui paye, va être subrogé, a été mis en la possession d'un tiers convenu entre les parties; le gage y restera après comme avant la subrogration.

Mais si le gage a été remis par le débiteur à son créancier, celui-ci devra-t-il s'en dessaisir et le remettre, sans l'aveu du débiteur, au créancier, qui vient le payer?

Rigoureusement, telle semblerait être la conséquence de l'article 1251, puisqu'il accorde la subrogation *de plein droit*, et que la subrogation ne peut s'opérer que sous cette condition, en effet, que le gage sera remis en la possession du créancier subrogé.

Si on exige que le débiteur consente à cette remise, ce

n'est pas la subrogation de plein droit; c'est la subrogation conventionnelle !

Et, toutefois, nous hésitons à penser que le créancier auquel le débiteur a remis la possession du gage, puisse le remettre à un tiers sans son aveu (art. 2073; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 181).

468. — Mourlon avait posé cette question :

« La subrogation légale a-t-elle lieu au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier, dont la créance est garantie par un droit de contrainte par corps ? » (P. 361.)

Chaque créancier, disait-il, pourrait avoir intérêt à ce que son débiteur fût laissé à la tête de ses affaires, et à ce qu'une contrainte par corps, exercée à contre-temps, ne vînt pas détruire son crédit.

Mais il n'en répondait pas moins négativement, par le motif qu'il n'existe au profit du créancier, qui peut exercer la contrainte par corps, *ni privilége*, *ni hypothèque*, et que, par conséquent, l'article 1251 n'attribue pas, dans ce cas, la subrogation de plein droit à celui qui le paye.

Si nous citons cet exemple, c'est qu'il fournit une nouvelle preuve à l'appui de l'interprétation restrictive, que nous avons cru devoir donner à cette disposition de l'article 1251-1° (com. *supra*, n° 462; et la loi du 22 juill. 1867, abolitive de la contrainte par corps).

469. — II. A quelles conditions le premier cas de subrogation légale, établi par l'article 1251, est-il soumis ?

C'est le second point que nous nous sommes proposé d'examiner (*supra*, n° 453).

Notre texte n'exige, en réalité, qu'une seule condition.

C'est que le créancier, qui veut être subrogé, *paye* le créancier qui lui est préférable (art. 1251-1°).

Telle est, en effet, la condition élémentaire de toute subrogation !

Et le payement doit être fait, bien entendu, par le subrogé avec ses propres deniers.

L'origine des deniers n'est pas à considérer sans doute, en ce sens qu'il n'importe pas que le créancier, qui paye, les ait puisés dans sa caisse, ou qu'il les ait empruntés d'un tiers à cet effet (comp. Cass., 22 déc. 1846, de Maumigny, Dev., 1847, I, 86; Cass., 7 nov. 1854, Loiguel, Dev., 1854, I, 715).

Mais toujours faut-il que le payement soit fait des deniers à lui appartenant, *pecuniâ tuâ!* (L. 3. Cod., *de his, qui in prior. credit.*);

Et non pas des deniers appartenant au débiteur lui-même, ou du prix des biens, qui lui appartenaient. (Comp., 13 fév. 1866, Reymond, Dev., 1866, 1, 197; Mourlon, p. 375).

470. — Cette proposition est d'évidence!

A ce point que l'on pourrait s'étonner du soin, que nous prenons de la mettre en relief.

Cela est nécessaire pourtant; car elle a été contestée!

Primus a une hypothèque générale frappant, au premier rang, l'immeuble A et l'immeuble B.

Et Secundus a une hypothèque spéciale frappant, au second rang, l'immeuble A.

Primus, en vertu de l'indivisibilité de son droit hypothècaire, obtient le payement de sa créance sur le prix de l'immeuble A, qui se trouve absorbé par cette collocation; de sorte que l'hypothèque spéciale de Secundus ne vien pas en ordre utile.

Que fait alors Secundus?

Il invoque l'article 1251-1°, prétendant que, par le payement, qui a été fait à Primus des deniers provenant de la vente de l'immeuble A, sur lequel frappait son hypothèque spéciale, il lui a été subrogé de plein droit, et qu'il peut, en conséquence, se prévaloir de l'hypothèque générale, que Primus avait aussi, au premier rang, sur l'immeuble B. (Comp., Rouen, 14 mars 1826, Sirey, 1827, II, 29; Tarrible, Répert. de Merlin, v° *Transcription*, § 6, n° 5; Duranton, t. XIX, n° 590).

Mais comment donc? et par quel motif?

Ce n'est pas vous, Secundus, qui avez payé Primus ;

C'est son débiteur !

Ce n'est pas avec vos deniers, que le payement a été fait;

C'est avec les deniers du débiteur lui-même, avec les deniers provenant de la vente de l'immeuble, qui lui appartenait !

Et par conséquent, la cause essentielle de toute subrogation, le payement fait par un tiers, avec ses propres deniers, de la dette d'un autre, fait défaut dans votre personne.

Vous avez été *primé* par Primus;

Vous ne l'avez pas *payé*.

Et ceci est tout autre chose !

Car précisément il aurait fallu *le payer*, pour n'être pas *primé* par lui.

Le payement fait ainsi, avec les deniers du débiteur commun, a donc été fait, non pas dans l'intérêt individuel de l'un des créanciers, mais dans l'intérêt collectif de tous les créanciers; et c'est, en effet, à tous les créanciers qu'il doit profiter ! (Comp., Cass., 17 août 1830, Dev., 1830, I, 285; Cass., 14 déc. 1831, Dev., 1832, I, 176; Rouen, 15 janv. 1839, Lanné, Dev., 1839, II, 235; Cass., 2 août 1839, Oumont, Dev., 1839, I, 970; Nîmes, 24 févr. 1845, Valat, Dev., 1846, II, 253; Bourges, 31 janv. 1852, Charles, Dev., 1853, II, 135; Cass., 31 déc. 1861, Vallabrégue, Dev., 1862, I, 591; Grenier, *Des hypoth.*, t. I, n° 179; Zachariæ, Aubry et Rau t. II, p. 850; Troplong, *des hypoth.*, t. III, n° 758; Larombière, t. III, art. 1251, n° 12).

471. — C'est par le même motif, que celui des créanciers, auquel le débiteur à délégué les fermages, qui lui sont dus, ne peut pas se prétendre subrogé au privilége du trésor public pour le montant des impôts acquittés par le fermier à la décharge du propriétaire, en déduction de son fermage.

La Cour de cassation a décidé, avec raison, qu'il n'y avait pas là un payement fait, ainsi que l'article 1251-1° l'exige, par le créancier lui-même. (Comp. Cass., 15 juin 1820, Sirey, 1821, I, 28; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 181; Mourlon, p. 376-377.)

472. — Il faut, d'ailleurs, que le payement soit de tout ce qui est dû au créancier préférable, en capital et intérêts, à raison de son privilége ou de son hypothèque (comp. L. 2 et 3 ff.; et L. 5, Cod. *Qui pot. in pign.*).

Du moins, en est-il ainsi, lorsque le créancier préférable ne consent pas à recevoir un payement partiel.

Ce n'est alors évidemment que par un payement total, que celui qui veut lui être subrogé, peut l'écarter, malgré lui, et obtenir la subrogation de plein droit (art. 1244).

473. — Mais supposons que le créancier préférable consent à recevoir un payement partiel.

Il lui est dû 50 000 francs.

Et le créancier, qu'il prime, offrant de lui payer 25 000 francs, il accepte.

La subrogation légale de l'article 1251-1° appartiendra-t-elle à celui qui n'a payé qn'en partie le créancier préférable ?

Cette question peut paraître délicate :

a. — La solution négative semble se présenter à première vue :

Soit d'après le texte, qui, en exigeant sans restriction, que celui, qui veut être subrogé, paye le créancier préférable, implique, par la généralité de ses termes, la nécessité d'un payement intégral ;

Soit d'après le motif de la loi, qui a institué cette subrogation précisément pour fournir au créancier postérieur la faculté d'écarter le créancier antérieur, *dimittere*, disaient les jurisconsultes romains, *de le mettre hors d'intérêt*, disaient nos anciens docteurs, afin de lui enlever le moyen de nuire aux créanciers postérieurs

par des poursuites inopportunes ou par de mauvaises contestations.

Or, ce but ne peut être atteint que par payement intégral.

b. — Mourlon, toutefois, estime qu'il appartient aux juges de décider cette question, en fait :

« S'il est démontré, dit-il, que le créancier postérieur a été obligé de désintéresser, en partie, le créancier préférable, afin d'obtenir de lui qu'il suspende des poursuites inopportunes, le payement fait dans ces circonstances, réunissant les conditions nécessaires pour faire acquérir à celui qui l'a effectué, la faveur de la loi, la subrogation aura lieu de plein droit » (p. 365).

c. — Ne serait-il pas plus juridique de décider que la subrogation instituée par l'article 1251-1°, résulte, de plein droit, d'un payement partiel aussi bien que d'un payement total ?

Nous le croyons :

1° Le texte de l'article 1251-1° exige, sans doute, que celui qui veut être subrogé à un créancier préférable, le paye ;

Mais c'est là aussi ce qu'exigent, dans des termes identiques, l'article 1250, pour la subrogation conventionnelle, et l'article 1251, pour les autres cas de subrogation légale ;

Or, la subrogation conventionnelle, de même que la subrogation légale, dans ses trois dernières applications, peut avoir lieu dans le cas d'un payement partiel, comme dans le cas d'un payement total ; et c'est bien, en effet, ce que l'article 1252 suppose ;

Donc, il en doit être ainsi, au point de vue du texte, de la subrogation légale du n° 1, de l'article 1251.

2° On se récrie que le motif spécial de cette espèce de subrogation s'y oppose !

Mais vraiment non.

Est-ce que, en effet, le créancier postérieur ne peut pas

réussir, même au moyen d'un payement partiel, à arrêter les poursuites inopportunes du créancier antérieur?

Il ne peut pas payer la dette totale; elle est au-dessus de ses forces.

Mais il offre au créancier préférable de lui en payer la moitié; et celui-ci, qui a besoin seulement de cette somme, s'en contente et surseoit aux poursuites.

N'est-il pas juste que ce payement partiel produise la même subrogation que le payement total aurait produite?

Au reste, puisque les parties sont d'accord, et que le créancier préférable consent à recevoir un payement partiel, le plus sûr encore sera, de la part de celui qui paye, de stipuler la subrogation conventionnelle, dans les termes de l'article 1250-1°.

474. — La quittance, qui est délivrée par le créancier antérieur, fait foi que le payement a été opéré par le créancier postérieur subrogé;

Sauf aux intéressés à critiquer les énonciations de cette quittance, fût-elle notariée, et à établir, par tous les genres de preuve, que le payement n'a pas été fait par celui qu'elle indique, mais par une autre personne (comp., Cass., 16 mars 1852, Naudin, Dev., 1852, I, 636; Douai, 10 fév. 1853, Pilastre, Dev., 1853, II, 305; Gauthier, n° 124).

475. — Il est bien entendu que si le créancier antérieur refusait de recevoir le payement qui lui est offert, dans les conditions déterminées par l'article 1251-1°, le créancier postérieur pourrait l'y contraindre.

La subrogation n'est pas subordonnée à son consentement.

Elle est légale, et s'opère de plein droit.

En conséquence, les offres réelles, suivies de consignation, *tiendraient lieu, à son égard, de payement* (art. 1257).

Telle était la Constitution des empereurs Sévère et Antonin :

« Qui pignus secundo loco acceperit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori pecuniam solverit; *aut, cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit....* » (L. 1 Cod. *Qui pot. in pign.*; L. 20, ff. *eod. tit.*).

476. — Nous venons de dire que le créancier postérieur, qui veut être subrogé au créancier antérieur, doit, à cet effet, lui payer tout ce qui lui est dû par préférence, à raison de son privilége ou de son hypothèque (*supra*, n° 472).

Allons plus loin!

Supposons que le créancier qui lui est préférable pour l'une de ses créances, a encore, sur le gage commun, une autre créance privilégiée ou hypothécaire, mais pour laquelle il ne lui est pas préférable.

Celui qui veut être subrogé à la première créance, peut-il se borner à payer cette seule créance?

Ou faut-il, au contraire, qu'il paye les deux créances, non-seulement la première, pour laquelle le créancier lui est préférable, mais encore la seconde, pour laquelle il ne lui est pas préférable?

Paul a hypothéqué successivement trois fois son immeuble :

A Primus, d'abord, pour une somme de 20 000 fr.;

A Secundus, ensuite, pour une somme de 10 000 fr.;

Et en dernier lieu, à Primus, encore pour une somme de 10 000 fr.

Les trois hypothèques sont inscrites, chacune à son rang (art. 2134).

Secundus se présente pour payer à Primus, avec subrogation, en vertu de l'article 1251-1°, sa créance hypothécaire du premier rang; c'est l'hypothèse de Tryphoninus, dans la loi 20 au Digeste, *Qui potiores in pignore :*

« .... *Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam....* »

Cette offre suffit-elle? et peut-il obtenir la subrogation,

en ne payant ou en ne consignant que 20000 fr., montant de la première créance de Primus ?

Est-elle, au contraire, insuffisante? et faut-il que Secundus offre à Primus de lui payer : 1° 20000 fr., montant de sa créance du premier rang; 2° 10000 fr., montant de sa créance du troisième rang?

La même question peut s'élever encore dans une autre hypothèse :

Trois créanciers sont inscrits sur le même immeuble, à trois rangs hiérarchiquement successifs.

Le troisième créancier a payé le premier; il lui a été, en conséquence, subrogé, aux termes de l'article 1251-1°.

Mais, maintenant, voici le second créancier, qui veut lui-même être subrogé au *troisième*, devenu le *premier*.

Et il se borne à lui offrir le remboursement de ce qu'il a payé au premier créancier, pour obtenir la subrogation.

Le subrogé répond que le second créancier ne peut lui enlever le bénéfice de sa subrogation, qu'en lui payant, non-seulement ce qu'il a payé lui-même au premier créancier, mais encore ce qui lui est dû, en vertu de sa créance hypothécaire du troisième rang.

Même question, comme on voit :

Faut-il que celui qui veut acquérir, en cas pareil, la subrogation, paye, en effet, les deux créances, la première en rang, que le créancier a acquise par la subrogation, et la troisième en rang, qui lui appartient de son chef?

477. — La solution, qui semble se présenter d'abord le plus naturellement, consisterait à dire que celui qui veut acquérir la subrogation, est tenu seulement de payer la créance par laquelle il est primé, et non pas l'autre ou les autres créances qui pourraient appartenir au même créancier, mais par lesquelles il n'est pas primé :

1° Telle paraît avoir été, en effet, la doctrine du jurisconsulte Tryphoninus, dans le fragment, que nous avons cité (*supra*, n° 476; L. 20, ff. *Qui pot. in pign.*; ajout. L. unic. in fine, Cod. *Etiam ob chirograph. pecun.*).

C'est en ce sens que Renusson paraît l'entendre. (Chap. IV, n° 11.)

2° Cette conclusion semble également résulter des termes de l'article 1251-1°.

Lorsque, en effet, cet article impose à celui qui veut être subrogé au créancier, qui lui est préférable, *à raison de ses priviléges ou hypothèques*, l'obligation de le payer, ne limite-t-il point, par cela même, cette obligation au seul payement de la créance, pour laquelle ce créancier lui est *préférable*, à raison de *ses priviléges ou de ses hypothèques?*

3° On peut ajouter que l'obligation, qui serait imposée a celui qui veut obtenir la subrogation, de payer au créancier antérieur le montant de ses autres créances, même de celles pour lesquelles il ne lui est pas préférable, outre qu'elle manquerait de fondement et, en quelque sorte, de cause, pourrait lui rendre souvent difficile, et quelquefois même impossible, l'exercice de la faculté que la loi lui accorde! car il se trouverait obligé ainsi de faire des avances considérables, qui pourraient dépasser ses ressources, et dont le recouvrement ne serait peut-être pas assuré! (Comp. Mourlon, p. 650 et suiv.)

On cite également, en ce sens, un arrêt de la Cour de Paris, du 21 déc. 1836. (Despons, Dev., 1837, II, 210.)

Mais c'est mal à propos, suivant nous. (Comp. *infra*, n° 483.)

478. — Ces arguments ne manquent pas, sans doute, de gravité.

Mais il n'en est pas moins impossible, pourtant, suivant nous, d'admettre la conclusion absolue, à laquelle ils nous conduiraient.

Nous croyons donc qu'il faut faire une distinction :

Ou le créancier *payant* primerait, après la subrogation par lui obtenue, le créancier *payé ;*

Ou, au contraire, il ne le primerait pas.

Dans le premier cas, nous n'admettons pas la doctrine qui vient d'être exposée ; et notre avis est, au contraire, que celui qui veut acquérir la subrogation, doit payer au créancier antérieur ses deux créances :

Tandis que, dans le second cas, nous admettons cette doctrine; et il suffit aussi, suivant nous, au créancier qui veut acquérir la subrogation, de payer la créance par laquelle il est primé.

479. — *a.* Dans le premier cas, en effet, qui est celui que nous avons cité comme exemple (*supra*, n° 476), deux arguments péremptoires, à notre avis, vont démontrer que le créancier postérieur ne peut obtenir la subrogation, qu'à la condition de satisfaire intégralement le créancier antérieur :

1° Le législateur, en autorisant le créancier postérienr à payer, avec subrogation, le créancier antérieur, a certainement voulu atteindre un résultat sérieux et définitif; ou plutôt (car ce n'est pas assez dire), il a voulu édicter une disposition susceptible d'une application pratique et raisonnable;

Or, il n'en serait pas ainsi dans le système contraire !

Si, en effet, celui qui veut être subrogé, n'était tenu de payer que la première créance, par laquelle il est primé, qu'arriverait-il ?

C'est que le créancier payé, d'*antérieur* et de *primant* qu'il était, deviendrait lui-même, à son tour, *postérieur* et *primé*, pour sa seconde créance.

Et alors, il aurait lui-même, à son tour, après le payement qui lui aurait été fait, le droit de payer celui qui aurait pris sa place, par la subrogation, et de la lui reprendre !

Droit égal et toujours réciproque!

Aussi, à peine l'aurait-il exercé contre le créancier qui lui était devenu préférable par son payement, que celui-ci, se retrouvant à la même place qu'avant le payement, pourrait, redevenu *postérieur* et *primé*, faire un second payement à ce même créancier!

C'est-à-dire que chacun d'eux pourrait se *contrepasser*, réciproquement et immédiatement, les mêmes offres de part et d'autre!

Sans qu'il fût possible d'arrêter cette succession indéfinie, et, comme nous l'avons dit, cet *engrenage* de subrogations alternatives, se remplaçant l'une l'autre sans terme et sans issue! (Comp. *supra*, n° 65.)

La disposition de l'article 1251-1°, ainsi entendu, n'aboutirait donc jamais à un résultat définitif; et nous avons eu raison de dire qu'elle ne serait pas une disposition pratique ni raisonnable.

Il faut, dès lors, l'entendre en ce sens que le créancier, qui est *antérieur* pour l'une de ses créances, et *postérieur* pour l'autre, est fondé à refuser le payement de la première, si le payement de la seconde ne lui est pas offert aussi en même temps.

Voilà ce qui est juridique! « *In pari causa, melior est causa possidentis !*

On pourrait aussi invoquer, en cas pareil, cette autre règle de bon sens et de nécessité :

« *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* »

2° Cette conclusion, d'ailleurs, est conforme à l'une des règles fondamentales de notre matière, à savoir : « que la subrogation ne doit pas nuire au subrogé : » *Nemo censetur subrogasse contra se.*

Quel est, en effet, le but de celui qui veut acquérir la subrogation à la première créance, par laquelle il est primé, en ne payant que celle-là, sans payer la seconde créance, qui est primée par lui ?

Son but est-il de satisfaire le créancier, qui lui est préférable, et de le désintéresser?

Non, évidemment!

Ce qu'il veut, en réalité, c'est prendre sa place, qui est la bonne, et de *primé* qu'il est, devenir *primant!*

Eh bien! une telle prétention ne serait pas juste, lors même qu'elle serait exécutable.

Car la subrogation ne doit jamais être, pour le *subrogé*, le moyen d'améliorer sa condition, en empirant la condition du *subrogeant!*

3° Notre démonstration nous paraît complète.

Est-ce maintenant la peine de répondre aux arguments par lesquels on a entrepris de soutenir la doctrine contraire?

Le vrai sens de la loi 20 au Digeste, *Qui potiores in pignore!* il n'est pas facile de le découvrir; Renusson ne le présente pas lui-même d'une façon bien nette; ce qui en résulte sans doute, c'est que, une fois que le créancier intermédiaire a payé seulement la première créance, il succède au droit de préférence, qui y est attaché.

Mais n'est-il tenu de payer que la première créance, si le créancier auquel il offre ce payement, demande, en outre, à être payé de sa seconde créance? voilà ce qui est obscur dans le fragment de Tryphoninus (comp. *infra*, n° 480).

Il s'agit, d'ailleurs, dans ce fragment, du *jus offerendæ pecuniæ;* et notre subrogation légale, quoiqu'elle en procède, n'a pas absolument le même caractère.

Quoi qu'il en soit, la solution, que nous venons de présenter, est, suivant nous, incontestable dans notre Droit (comp. Cass., 5 juillet 1854, de Chazournes, Dev., 1854, I, 423; Cass., 2 août 1870, Fontaine, Dev. 1871, I, 25; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 181, Gauthier, n°s 254 et suiv.; Larombière, t. III, art. 125, n° 7).

480. — Mais supposons que le créancier préférable ait consenti à recevoir du créancier intermédiaire, le

payement de sa créance du premier rang seulement, sans exiger de lui le payement de sa créance du troisième rang?

Voilà sa position tout à fait changée!

En acceptant le payement de cette seule créance, il a renoncé au droit, qu'il avait, de ne se laisser primer par la subrogation, qu'autant que sa seconde créance lui serait payée en même temps.

La subrogation est donc désormais accomplie, par le payement de sa créance du premier rang, au profit du créancier intermédiaire.

Mais, pourtant, ce créancier, qui était *primant* pour sa créance du premier rang, est actuellement *primé* pour sa créance du troisième rang.

Et il peut, dès lors, lui-même, invoquant l'article 1251-1°, payer le créancier, qui a pris sa place au premier rang

Assurément oui! il le peut.

Mais alors, sous la même condition dont il aurait pu exiger l'accomplissement de la part de ce créancier; c'est-à-dire sous la condition de lui payer, à lui-même, ses deux créances : 1° celle du premier rang, à laquelle il a été subrogé; 2° celle du second rang, qui lui appartient de son chef.

Et, si ce créancier, mieux avisé que lui, exige, en effet, ce double payement, il faudra nécessairement que le créancier du troisième rang le fasse, pour réconquérir sa créance du premier rang! (Comp. Larombière, t. III, art. 1251, n° 7; et les judicieuses Observations de M. Labbé, sur l'arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 1870, Fontaine, Dev., 1871, I, 25.)

481. — Il nous reste à faire une remarque importante, à savoir :

Que la solution, que nous venons de présenter (*supra* n° 479), n'est applicable qu'au premier cas de subrogation légale de l'article 1251, le seul qui nous occupe

actuellement, et dans lequel celui qui paye un créancier qui lui est préférable, n'est tenu, envers celui-ci, d'aucune obligation, et fait, en conséquence, ce payement par sa libre volonté.

Il ne faudrait pas l'appliquer aux autres cas de subrogation légale, dans lesquels celui qui paye le créancier auquel il est subrogé, se trouve, personnellement ou hypothécairement, obligé à la dette dont il fait le payement (art. 1251).

Dans ce dernier cas, en effet, ce n'est pas une faculté pour celui auquel la loi accorde la subrogation, de faire ce payement.

C'est une obligation, d'où résulte, corrélativement, le droit de se libérer, en payant la seule dette, dont il est tenu.

Le créancier est donc lui-même tenu, envers lui, de recevoir le payement de cette seule dette, sans pouvoir exiger le payement d'une autre dette, dont il n'est pas tenu.

Par conséquent, le payement de cette dette doit être définitif et terminer tout entre le créancier qui paye et le créancier qui reçoit.

S'il en était autrement, nous tomberions dans un interminable circuit de subrogations qui se succéderaient, sans issue, l'une à l'autre, c'est-à-dire dans une situation qui ne doit jamais se produire (comp. Cass., 21 déc. 1836, Fischbach, Dev., 1837, I, 54; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 182; Gauthier, n[os] 309 et suiv.; Larombière, t. III, art. 1251, n° 7).

482. — *b.* Dans le second cas que nous avons distingué (*supra*, n° 478), c'est-à-dire lorsque la subrogation ne doit pas avoir pour résultat d'attribuer au subrogé la préférence sur les autres créances qui peuvent appartenir au subrogeant, nous croyons que le créancier postérieur n'est tenu de payer au créancier antérieur que la créance elle-même à laquelle il veut être subrogé.

Les deux arguments, sur lesquels nous avons fondé notre solution pour le premier cas, ne se présentent plus alors.

Point de circuit possible de subrogations successives !

Point de préjudice pour le subrogeant !

Paul a deux créances hypothécaires sur l'immeuble A :

L'une, au premier rang, de 20 000 fr.

L'autre, au second rang, de 10 000 fr.

Et, sur ce même immeuble, Pierre a une créance hypothécaire de troisième rang, de 20 000 fr.

Si Pierre voulait payer, avec subrogation, la première créance de Paul, il faudrait qu'il lui payât, en même temps, sa seconde créance, si Paul, en effet, l'exigeait ainsi, à savoir : 20 000 fr. pour l'une, et 10 000 pour l'autre; c'est ce que nous venons de reconnaître.

Mais supposons que Pierre veuille payer avec subrogation, non pas la première créance de Paul, mais la seconde.

Il lui suffira, en effet, de payer la seconde, à savoir : 10 000 fr. seulement.

Car il n'obtiendra ainsi aucune antériorité sur la première créance, qui continue d'appartenir à Paul, au premier rang !

Et il ne serait pas impossible qu'il fût suffisant pour Pierre de payer à Paul sa seconde créance seulement, afin d'arrêter les poursuites inopportunes, qu'il voudrait faire; comme si cette créance était seule exigible, tandis que la seconde serait encore à terme.

483. — Pareillement, deux créanciers sont inscrits hypothécairement sur deux immeubles : chacun, réciproquement, au premier rang sur l'un, et au second rang sur l'autre.

Sur l'immeuble A, Paul a une créance au premier rang, et Pierre une créance au second rang;

Tandis que, sur l'immeuble B, Pierre a une autre

créance ou une autre portion de la même créance au premier rang ; et Paul, une autre créance, ou aussi une autre portion de la même créance au second rang.

Les voilà donc, chacun de son côté, *antérieur* et *postérieur*, *primant* sur un point, et *primé* sur l'autre.

Pierre pourra-t-il payer, avec subrogation, à Paul, sa créance du premier rang sur l'immeuble A, sans être tenu de lui payer sa créance sur l'immeuble B ?

Et, réciproquement, Paul pourra-t-il payer, avec subrogation, à Pierre sa créance du premier rang sur l'immeuble B, sans être tenu de lui payer sa créance sur l'immeuble A ?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement pour l'un et pour l'autre

Notre motif est toujours le même, à savoir : que cette subrogation ne produira aucune antériorité du subrogé pour l'autre créance, ou pour l'autre portion de la même créance, qui appartient au subrogeant.

Pierre ayant payé à Paul sa créance du premier rang sur l'immeuble A, prendra, en effet, sa place sur l'immeuble A.

Mais il gardera la sienne, au premier rang sur l'immeuble B ;

Sauf à Paul le droit d'obtenir, à son tour, sur l'immeuble B, contre Pierre, la même subrogation que Pierre a obtenue contre lui sur l'immeuble A.

C'est que, en effet, l'antériorité et la préférence entre les créanciers s'apprécie, comme nous avons eu soin de le remarquer, relativement au gage commun (*supra*, n° 457).

Or, les deux créanciers ne se rencontrent pas ici, pour leurs deux créances, sur le même gage !

Telle était l'espèce de l'arrêt de la Cour de Paris du 21 décembre 1836, que Mourlon a invoqué, croyons-nous, mal à propos, contre notre doctrine (*supra*, n° 477); car l'arrêt n'a pas statué sur le premier cas que nous

avons résolu d'abord, mais bien sur le second cas, auquel nous appliquons nous-même une solution différente.

484. — A plus forte raison, aucun obstacle ne s'oppose-t-il au droit réciproque, qui pourrait exister entre deux créanciers, d'obtenir la subrogation, si le payement, que l'un ferait à l'autre, avait pour résultat de le désintéresser entièrement !

Paul a, pour une créance de 20 000 fr., une hypothèque inscrite sur l'immeuble A, en 1868 ;

Et, pour la même créance, une autre hypothèque inscrite sur l'immeuble B, en 1870.

Pierre a, pour une seule et même créance de 10 000 fr., une hypothèque inscrite sur l'immeuble A et sur l'immeuble B, en 1869.

Paul, en conséquence, prime Pierre sur l'immeuble A.

Tandis que Pierre prime Paul sur l'immeuble B.

Auquel des deux appartient le droit de payer l'autre, afin d'obtenir la subrogation à sa créance ?

Ce droit appartient évidemment à l'un et à l'autre, d'après l'article 1251-1°.

Car si Paul est préférable à Pierre sur l'immeuble A ;

Pierre est préférable à Paul sur l'immeuble B.

Quelle est la conséquence de cette situation ?

C'est que la faculté de payer avec subrogation étant offerte également et simultanément à l'un et à l'autre, sera acquise à celui des deux qui l'aura acceptée le premier. Et, lorsque en effet, l'un d'eux l'aura exercée, tout sera dit ; puisque l'autre, n'ayant que la créance, qui lui a été payée, se trouvera hors d'intérêt !

485. — Ce premier cas de subrogation légale, de l'article 1251, joue un rôle important dans l'une des plus graves controverses du Droit civil.

Nous voulons parler des complications, qu'a soulevées, dans la doctrine et dans la jurisprudence, le concours

d'une hypothèque générale avec des hypothèques spéciales affectant plusieurs immeubles, au profit de créanciers différents.

Ce n'est pas le lieu d'exposer ce difficile problème, qui appartient particulièrement au *Titre des Priviléges et Hypothèques*.

Toutefois, nous croyons qu'il est nécessaire, pour la complète explication du sujet même, qui est l'objet de notre étude, d'apprécier les interprétations diverses, qui ont été fournies de l'article 1251-1°, à l'occasion précisément de cette thèse si agitée.

C'est dans l'article 1251, en effet, que les différents systèmes qui se sont produits, ont entrepris de découvrir la solution des difficultés, qu'elle a fait naître.

Et ce ne sera pas un hors d'œuvre de vérifier si la solution, que chacun d'eux a cru y trouver, est, en effet, conforme au texte de cet article et au principe fondamental, sur lequel il repose.

Il nous faudra, pour cela, sans doute, entrer un peu dans le régime hypothécaire.

Mais comment parler de la subrogation, sans parler des hypothèques ! (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 69.)

486. — Primus a une hypothèque générale, de premier rang, inscrite en 1870 pour une créance de 100 000 fr., sur l'immeuble A et sur l'immeuble B.

Secundus a une hypothèque spéciale, de second rang, inscrite en 1871, pour une créance aussi de 100 000 fr. sur l'immeuble A.

Et Tertius a une hypothèque spéciale, de second rang, inscrite en 1872, aussi pour une créance de 100 000 fr., sur l'immeuble B.

Supposons que Paul, leur débiteur commun, n'a pour toute fortune, que ces deux immeubles, qui sont d'une valeur chacun de 100 000 fr. seulement.

L'actif de Paul est donc de 200 000 fr.

Et son passif de 300 000 fr., excédant d'un tiers son actif.

Il faudra, en conséquence, que l'une des trois créances périsse !

Laquelle périra ?

Ce n'est pas, bien entendu, celle de Primus !

Il est sûr, lui, d'être payé, en vertu de son hypothèque générale de premier rang, sur les deux immeubles.

Et même il peut, à son gré, se porter sur l'un ou sur l'autre, pour la totalité de sa créance.

Tel est l'énergique effet de l'indivisibilité de l'hypothèque, que Primus est libre de poursuivre, à son choix, l'expropriation soit de l'immeuble A, soit de l'immeuble B, et de demander, dans l'ordre, sur le prix de celui des deux immeubles, dont il lui plaira de poursuivre la vente, la collocation totale des 100 000 fr. qui lui sont dûs. (art. 2114 ; comp. Caen, 26 nov. 1870, Juin, Dev., 1871, II, 263 ; Douai, 9 dec. 1871, Braquehay, Dev. 1871, II, 269).

Voilà bien ce qui fait le péril, dont les deux hypothèques spéciales sont menacées, et comment Secundus et Tertius se trouvent à la merci de Primus, qui peut, comme il voudra, perdre entièrement la créance de l'un et sauver entièrement la créance de l'autre.

Poursuit-il la vente de l'immeuble A ?

C'en est fait de l'hypothèque spéciale de Secundus ; et toute sa créance est perdue ;

Tandis que toute la créance de Tertius est sauvée par l'extinction de l'hypothèque générale sur l'immeuble B, qui fait monter au premier rang, son hypothèque spéciale.

Et, réciproquement, Primus poursuit-il la vente de l'immeuble B ?

C'en est fait de l'hypothèque spéciale de Tertius ; et toute sa créance est perdue ;

Tandis que toute la créance de Secundus est sauvée,

garantie qu'elle est, par son hypothèque spéciale désormais au premier rang sur l'immeuble A.

Telle est cette situation, assurément très-intéressante!

Il est impossible de ne pas se sentir ému au spectacle de la position si précaire et si perplexe des deux créanciers à hypothèque spéciale.

Existe-t-il pour eux, ou pour l'un d'eux, dans l'état actuel de notre Droit, un moyen de s'y soustraire?

Peuvent-ils, l'un ou l'autre, ou tous les deux, conjurer cette menace de l'hypothèque générale, qui les tient là en échec?

Cette grave question s'est élevée dans deux hypothèses :

1° Dans celle, où le prix des immeubles grevés de l'hypothèque générale et des hypothèques spéciales, fait l'objet d'ordres séparés ;

2° Dans celle, où le prix de ces immeubles fait l'objet d'un seul et même ordre.

Nous ne nous occuperons que de la première hypothèse, qui suffira pour mettre en relief les principes de la subrogation, que nous entreprenons d'exposer.

Un certain nombre de procédés ou d'expédients ont été proposés.

Et on a surtout cherché le remède au mal dans l'article 1251-1°, qui institue la subrogation, de plein droit, au profit de celui qui étant lui-même créancier, paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques.

C'est donc aussi surtout de ce moyen, de ce *remède*, que nous avons à nous occuper.

487. — Il s'en faut bien, toutefois, que l'application que l'on a voulu faire de l'article 1251-1° à notre hypothèse, dans la jurisprudence et dans la doctrine, offre un caractère satisfaisant d'uniformité.

Elle est, au contraire, remplie de divergences.

Trois systèmes principaux se sont produits :

a. — Le premier système prétend que ni l'un ni l'autre des créanciers à hypothèque spéciale ne peut, en payant le créancier à hypothèque générale, obtenir la subrogation à l'encontre de l'hypothèque spéciale, qui grève l'autre immeuble; pas plus donc, Secundus contre Tertius, que Tertius contre Secundus.

b. — D'après le second système, la subrogation peut être obtenue par l'un, mais point par l'autre; c'est-à-dire que Secundus, le créancier à hypothèque spéciale de 1871, sur l'immeuble A, peut, en payant Primus, le créancier à hypothèque générale de 1870, obtenir la subrogation contre Tertius, le créancier à hypothèque spéciale de 1872 sur l'immeuble B.

c. — Enfin le troisième système, qui nous paraît le plus juridique, enseigne que la subrogation peut être obtenue indistinctement par l'un ou par l'autre des deux créanciers à hypothèque spéciale, soit par Secundus contre Tertius, soit par Tertius contre Secundus, c'est-à-dire par celui des deux, qui aura le premier payé Primus ou fait des offres de payement.

488. — *a.* D'après le premier système, qui est celui de Mourlon, Secundus ne peut pas plus obtenir la subrogation à l'encontre de Tertius, que Tertius à l'encontre de Secundus.

Mais pourquoi donc ?

Secundus est primé sur l'immeuble A par Primus, l'hypothécaire général.

Tertius est de même primé par lui sur l'immeuble B.

Or, l'article 1251-1° accorde la subrogation de plein droit à celui, qui étant lui-même créancier, paye un autre créancier, par lequel il est primé;

Donc, Secundus, en payant Primus, doit être subrogé à son hypothèque générale sur les deux immeubles;

Comme pareillement, Tertius, si c'est lui qui le paye, doit obtenir la même subrogation.

Il est vrai ! répond le savant auteur.

Mais c'est précisément parce que l'un et l'autre des hypothécaires spéciaux a un droit égal à cette subrogation, que ni l'un ni l'autre ne peut l'obtenir.

En effet, si Secundus, l'hypothécaire spécial sur l'immeuble A, obtenait la subrogation à l'hypothèque générale de Primus sur l'immeuble B, il deviendrait, sur cet immeuble, préférable à Tertius, l'hypothécaire spécial.

Et celui-ci pourrait, en lui payant ce qu'il aurait payé à Primus, obtenir, à son tour, la subrogation à l'hypothèque générale sur l'immeuble A.

Mais alors Tertius lui-même deviendrait, sur l'immeuble A, préférable à Secundus.

Ce qui ferait renaître, au profit de Secundus, le droit d'obtenir contre Tertius, qui lui serait maintenant préférable, la même subrogation qu'il avait déjà obtenue contre Primus.

C'est-à-dire que l'on s'engagerait dans une involution interminable de subrogations successives !

Tel est le principal argument de Mourlon, qui en conclut que ce droit égal et réciproque de subrogation, qui appartient à Secundus et à Tertius, ne peut pas être exercé, en effet, par l'un à l'encontre de l'autre.

La conséquence, au contraire, qu'il faut en déduire, dit-il, c'est que si, en effet, l'un des deux a payé l'hypothécaire général, le bénéfice résultant de la subrogation, qui naîtra de ce payement, devra profiter à l'un et à l'autre proportionnellement à la perte éventuelle, dont chacun d'eux se trouve désormais affranchi par l'effet du payement.

En d'autres termes, la charge de l'hypothèque générale devra être répartie, entre les créanciers à hypothèque spéciale, dans la proportion de la valeur des immeubles affectés à chacun d'eux (Mourlon, p. 117 et suiv.)

489. — Cette idée de répartition semble être, en effet, un moyen équitable de vider ce conflit!

Aussi, s'est-elle produite dans d'autres systèmes encore, qui, par des moyens différents, aboutissent à la même conclusion (comp. Tarrible, Répert. de Merlin, v° *Transcription*, § 6, n° 5; Duranton, t. XIX, n° 391).

C'est, d'ailleurs, particulièrement dans la seconde hypothèse qu'elle s'est produite, c'est-à dire dans celle où le prix des immeubles affectés de l'hypothèque générale et des hypothèques spéciales, fait l'objet d'un seul et même ordre (*supra*, n° 485; comp. Douai, 5 juill. 1843, Dubrencq, Dev., 1843, II, 320; Cass., 26 déc. 1853, Belledent, Dev., 1854, I, 86; Troplong, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, n° 760; Pont, *des Priv. et Hypoth.*, art. 2114, n°s 341 à 345).

Mais nous réservons cette hypothèse, qui s'écarte de notre sujet.

Et c'est sur la première hypothèse, où le prix des immeubles fait l'objet d'ordres séparés, que nous voulons entreprendre d'établir que le système de répartition, proposé par Mourlon, n'est pas admissible.

490. — Et pourquoi n'est-il pas admissible?

Par un motif, qui rentre, précisément, dans notre sujet;

A savoir : parce qu'il a pour base une interprétation inexacte, suivant nous, de l'article 1251-1°.

Le système de Mourlon repose, en effet, tout entier sur cette prémisse : que chacun des hypothécaires spéciaux, Secundus et Tertius, ayant un droit égal à la subrogation, Secundus ne pourrait l'exercer contre Tertius, sans que Tertius eût immédiatement le droit de l'exercer lui-même contre Secundus, et ainsi de suite, réciproquement; de sorte que l'on tomberait dans une série sans fin de subrogations alternatives.

Mais voilà tout justement l'écueil où l'argumentation du savant auteur doit échouer!

Nous espérons, en effet, avoir démontré que celui qui veut obtenir la subrogation contre un créancier, qui lui est préférable, ne doit pas se borner à payer la créance hypothécaire par laquelle il est primé, dans le cas où ce créancier se trouverait ensuite lui-même primé par lui, pour une autre créance, et qu'il est alors nécessaire qu'il lui paye ses deux créances (*supra*, nos 476 et suiv.).

Or, telle sera la situation, lorsqu'une fois l'un des créanciers à hypothèque spéciale aura payé le créancier à hypothèque générale; il aura, en effet, alors deux créances hypothécaires : 1° la créance à hypothèque générale, à laquelle il se trouvera subrogé; 2° sa propre créance à hypothèque spéciale.

Donc, l'autre créancier à hypothèque spéciale, qui voudrait ensuite obtenir contre lui la subrogation à l'hypothèque générale, sera obligé de lui payer ses deux créances.

Et, il n'y aurait plus, après cela, de subrogation possible, puisque l'un d'eux se trouverait entièrement satisfait et écarté!

Mourlon conteste, à la vérité, cette doctrine; il n'admet pas la nécessité, pour celui des hypothécaires spéciaux, qui veut obtenir la même subrogation, qui a été obtenue contre lui, de payer les deux créances qui appartiennent maintenant à l'autre.

Il le fallait bien, dans son système!

Mais c'est là, précisément, ce qui fait que ce système n'a point de base.

491. — *b.* Voici maintenant, le second système, d'après lequel la subrogation à l'hypothèque générale peut être obtenue par l'un des hypothécaires spéciaux, et point par l'autre, c'est-à-dire seulement par le créancier, dont l'hypothèque spéciale est la plus ancienne, à l'encontre du créancier dont l'hypothèque spéciale est la plus récente, mais point réciproquement (*supra*, n° 487).

Ainsi, Secundus, le créancier à hypothèque spéciale de 1871 sur l'immeuble A, peut obtenir la subrogation à l'hypothèque générale de 1870, à l'encontre de Tertius, le créancier à hypothèque spéciale de 1872, sur l'immeuble B.

Mais Tertius, le créancier à hypothèque spéciale de 1872 sur l'immeuble B, ne peut pas obtenir la subrogation à l'hypothèque générale de 1870, à l'encontre de Secundus, le créancier à hypothèque spéciale de 1871, sur l'immeuble A.

Nous ne saurions mieux faire, que de reproduire la défense, qui a été fournie de ce système, par deux de ses partisans les plus autorisés :

« Bien que nous supposions, (disent MM. Aubry et Rau), des hypothèques spéciales portant sur des immeubles différents, et entre lesquels il ne peut s'élever de véritable conflit, il n'en serait pas moins contraire au principe qui sera développé à la note 27, *infra*, que l'expédient de la subrogation pût devenir, pour un créancier plus récent, un moyen d'améliorer sa position au détriment d'un créancier plus ancien. »

Et plus bas, en effet, les savants auteurs s'expriment ainsi :

« Le crédit hypothécaire d'une personne se détermine par la valeur réunie de tous les immeubles qu'elle possède, et s'épuise à mesure des hypothèques qui viennent successivement s'y asseoir. Or, il est rationnel et conforme au principe de la publicité des hypothèques, que le créancier, qui a obtenu une hypothèque en un temps où le crédit immobilier du débiteur n'était pas encore épuisé par des affectations antérieures, conserve, dans toute éventualité, une position meilleure que celui dont l'hypothèque a pris naissance à une époque où la valeur des immeubles du débiteur se trouvait déjà absorbée. Ce dernier pouvait-il avoir la prétention d'être traité, en cas de déconfiture du débiteur, sur le même pied que les

créanciers intermédiaires entre lui et le créancier à hypothèque générale antérieure en rang, par le motif que leurs hypothèques respectives ne portaient pas sur les mêmes immeubles? l'article 930 fournit un puissant argument à l'appui du mode de répartition indiqué au texte; cet article veut, en effet, que l'action en revendication à diriger contre les tiers détenteurs d'immeubles compris dans une donation sujette à réduction, soit exercée dans l'ordre inverse des acquisitions, et reconnaît ainsi que, dans le cas où des droits réels, portant sur des immeubles différents, se trouvent compromis par l'insolvabilité de la personne, du chef de laquelle ils procèdent, la perte doit être supportée par ceux dont les droits sont d'une origine plus récente. » (T. II, p. 850-852; comp. Agen, 3 janv. 1844, Lacoste, Dev., 1845, II, 405; Cass., 5 août 1847, Morange, Dev., 1847, I, 830; Lyon, 24 mai 1850, Debornage, Dev., 1850, II, 531; Grenier, *des Hypoth.*, t. I, n° 180; Troplong, t. III, n° 760.)

492. — Tel est le second système.

Mais, si spécieuse que cette argumentation puisse paraître, il n'est pourtant pas, suivant nous, plus admissible que le premier.

Et nous espérons pouvoir démontrer qu'il est contraire soit aux principes de la subrogation, soit aux principes des hypothèques :

1° Et d'abord, il viole, à notre avis, le texte même de l'article 1251-1°, en refusant au créancier Tertius, dont l'hypothèque spéciale est la plus récente sur l'immeuble B, le droit d'obtenir la subrogation à l'hypothèque générale, à l'encontre du créancier Secundus, dont l'hypothèque spéciale est la plus ancienne sur l'immeuble A.

L'article 1251-1°, comme nous l'avons déjà remarqué, accorde, dans les termes le plus absolus, la subrogation de plein droit, *à celui qui*, *étant lui-même créancier*, paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques;

Or, Primus, l'hypothécaire général, est préférable à Tertius sur l'immeuble B;

Tout autant qu'il est préférable à Secundus sur l'immeuble A;

Donc, Tertius a le droit, tout autant que Secundus, en payant Primus, d'être subrogé à son hypothèque générale.

Et maintenant, la subrogation pouvant être acquise par Tertius aussi bien que par Secundus, il nous paraît impossible d'en restreindre l'étendue et d'en limiter les effets, dans un cas plutôt que dans l'autre!

Si donc c'est Tertius, qui a payé Primus, la subrogation doit produire, à son profit, tous ses effets;

De même qu'elle les produirait au profit de Secundus, si c'était lui qui eût payé Primus.

Or, les dissidents eux-mêmes reconnaissent que Secundus aurait été subrogé à l'hypothèque générale de Primus sur l'immeuble B, à l'encontre de Tertius.

Donc, Tertius, si c'est lui qui a payé, doit être aussi subrogé à l'hypothèque générale de Primus, sur l'immeuble A, à l'encontre de Secundus.

Ces déductions sont, suivant nous, irrésistibles!

2° On objecte que l'hypothèque spéciale de Secundus sur l'immeuble A, est plus ancienne que l'hypothèque spéciale de Tertius sur l'immeuble B!

Et voilà comment ce système, après avoir méconnu les principes, qui gouvernent la subrogation, méconnait aussi, suivant nous, les principes qui gouvernent les hypothèques.

Est-il possible, en matière d'hypothèques, de parler d'antériorité et de rang entre créanciers, qui n'ont pas le même gage, et qui ne peuvent pas se rencontrer dans le même ordre de collocation?

Mais vraiment non!

Les hypothèques frappent, separément et individuellement, chacun des immeubles, qui en sont affectés!

Et c'est, en effet, sur chacun des immeubles, séparément et individuellement, que s'établit le rang entre les créanciers.

Les hypothèques, qui frappent des immeubles différents, sont tout à fait indépendantes les unes des autres.

C'est la base fondamentale de notre régime hypothécaire, la spécialité et la publicité! (Comp. art. 2129, 2134, 2148).

Qu'importe donc que l'hypothèque spéciale de Secundus sur l'immeuble A soit de 1871 ; tandis que l'hypothèque spéciale de Tertius sur l'immeuble B, est de 1872!

Qu'importe! puisque ces deux hypothèques ne peuvent pas être classées, et qu'aucun *conflit*, comme on en convient, ne peut s'engager entre elles!

3° L'argument, que l'on a déduit de l'article 930, ne saurait résister à cette démonstration.

C'est là une disposition particulière et exceptionnelle, qui appartient à une matière particulière, en effet, et exceptionnelle, et qui n'a rien de commun avec la matière des hypothèques (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. II, n°s 626 et suiv.).

Loin qu'il existe aucun texte semblable dans la matière des hypothèques, tous les textes y proclament, au contraire, ce grand principe de la spécialité, par suite duquel c'est, en effet, sur chacun des immeubles spécialement, que se renferme et se concentre le classement hiérarchique, par ordre de date, des créanciers inscrits!

4° On présente enfin, dans le système, que nous entreprenons de combattre, une dernière considération :

Secundus, le créancier, dont l'hypothèque spéciale sur l'immeuble A est la plus ancienne, n'a pas, lui! dit-on, commis d'imprudence.

Lorsque, en 1871, il a contracté avec le débiteur, il n'y avait encore qu'une hypothèque générale, garantissant une créance de 100 000 fr. sur ses deux immeubles;

Or, les deux immeubles du débiteur valaient chacun 100 000 fr.; en tout : 200 000 fr.

Donc, Secundus avait la certitude d'être payé, en lui prêtant alors 100 000 fr.

Tout au contraire! lorsque, en 1872, Tertius est venu encore prêter 100 000 fr. au débiteur, le passif de celui-ci était égal à son actif!

C'est donc Tertius, qui a commis une imprudence.

Et il est équitable que ce soit lui, qui supporte la perte.

On ne saurait admettre que, par l'expédient d'une subrogation, qu'il obtient après coup, en payant le créancier à hypothèque générale, il change, de tous points, la situation, et qu'il rejette, sur Secundus, le poids de cette perte, dont il s'est lui-même chargé par sa faute!

Le terrain de la discussion n'est plus, comme on voit, tout à fait le même!

Il ne s'agit plus d'arguments déduits logiquement des textes de la loi et des principes.

Ce sont des considérations d'équité, que l'on invoque.

Eh bien! nous croyons pouvoir aussi, sur ce nouveau terrain, répondre avec avantage.

Secundus, dit-on, n'a pas commis d'imprudence et ne s'est exposé à aucun danger, en acceptant pour garantie du prêt de 100 000 fr. qu'il faisait, en 1871, au débiteur, une hypothèque spéciale sur le fonds A.

Mais c'est là ce que nous contestons!

Il nous paraît, au contraire, que Secundus a commis lui-même une imprudence, et qu'il s'est aussi placé sous le coup de l'hypothèque générale, qui le frappe aujourd'hui.

Oh! sans doute, le raisonnement de la doctrine, que nous combattons, serait exact, si Secundus avait, en 1871, stipulé une hypothèque spéciale, de second rang, à la fois sur l'immeuble A et sur l'immeuble B!

Il serait vrai de dire alors qu'il avait pris ses garanties

contre le danger de l'hypothèque générale, qui affectait à la fois, en premier rang, l'un et l'autre immeuble.

Mais ce n'est point là ce que Secundus a fait.

Il n'a stipulé une hypothèque spéciale que sur l'immeuble A.

Et par conséquent, il s'est mis à la discrétion de l'hypothécaire général, qui peut, à son gré, comme c'est son droit indiscutable! laissant de côté l'immeuble B, se porter sur l'immeuble A, et ruiner entièrement la seule garantie hypothécaire, que Secundus ait prise!

Or, la perte, qu'il encourt aujourd'hui, n'est pas autre que celle-là même à laquelle il s'est exposé.

Cette perte pouvait provenir de l'hypothèque générale.

Et c'est bien, en effet, de l'hypothèque générale qu'elle provient.

Mais, s'écrie Secundus, ce n'est pas l'hypothécaire général lui-même, personnellement, qui me cause cette perte!

C'est un subrogé! c'est Tertius, l'hypothécaire spécial du second rang, de 1872, sur l'immeuble B!

Qu'importe?

Est-ce que c'est la personne et l'individualité des créanciers hypothécaires, que l'on considère dans les ordres?

Apparemment non!

Ce que l'on considère, ce sont les hypothèques elles-mêmes; ce sont les droits réels hypothécaires (comp. art. 2112, 2114).

Or, Secundus s'était placé dans cette situation, qu'il pouvait arriver que l'hypothèque générale, se portant sur l'immeuble A, ruinât son hypothèque spéciale sur cet immeuble.

Donc, Secundus doit subir cette ruine sans se plaindre, de quelque manière qu'elle se produise, dès qu'elle ne se produit que par l'effet même de l'hypothèque générale.

On reproche à Tertius d'avoir stipulé, en 1872, une hypothèque spéciale de second rang sur l'immeuble B.

Mais la vérité est pourtant qu'il n'a fait, sur l'immeuble B, que ce que Secundus a fait sur l'immeuble A.

Il s'est exposé à la redoutable chance, dont l'hypothèque générale le menaçait sur l'immeuble B ;

Comme Secundus s'y est exposé, sur l'immeuble A.

Supposons que c'est Primus, le créancier à hypothèque générale, qui se trouve en même temps le créancier à hypothèque spéciale, de 1872, sur l'immeuble B.

Il a fait, par exemple, au débiteur, un nouveau prêt hypothécaire de 100 000 fr.

Ou même il a acheté la créance hypothécaire de Tertius !

Pourra-t-il, lui, Primus, exercer son hypothèque générale sur l'immeuble A, en sacrifiant Secundus, l'hypothécaire spécial de 1871, pour sauver son hypothèque spéciale, de 1872, sur l'immeuble B?

L'affirmative nous paraît certaine; et nous tenons à faire remarquer qu'elle est admise par plusieurs des jurisconsultes, notamment par MM. Aubry et Rau, dont nous combattons, en ce moment, la doctrine; si bien, qu'ils reconnaissent à l'hypothécaire général le droit de sauver ainsi son hypothèque spéciale, la plus récente, aux dépens de l'autre hypothèque spéciale, la plus ancienne, lors même que le prix des deux immeubles ferait l'objet d'un seul ordre! (comp. Cass., 24 déc. 1844, De Légier, Dev., 1845; Cass., 16 août 1847, Cromarias, Dev., 1847, I, 832; Bourges, 30 avril 1853, Bonnaire; et 18 janv. 1854, Laîné, Dev., 1854, II, 97; Zachariæ, Aubry et Rau, t. II, p. 851).

Mais, après une concession pareille, qui est, du reste, suivant nous, inévitable, comment serait-il possible d'expliquer que Tertius, le créancier à hypothèque spéciale sur l'immeuble B, n'eût pas aussi le même droit,

lorsque l'hypothèque générale se trouve dans ses mains, soit parce qu'il a lui-même acheté la créance de Primus, soit parce qu'il lui a été subrogé !

Refuserait-on ce droit à un tiers non intéressé, qui aurait, en payant le créancier hypothécaire général, obtenu de lui une subrogation conventionnelle ?

Cela serait bien impossible, sous peine de violer le texte même de l'article 1250-1° !

Le refuserait-on à Tertius, le créancier, dont l'hypothèque spéciale sur l'immeuble B est la plus récente, si, en payant Primus, il avait obtenu de lui une subrogation conventionnelle ?

Si on répond oui, voilà encore une violation de l'article 1250-1°, dont les termes sont absolus.

Si on répond non, voilà une contradiction inadmissible.

Car celui, qui obtient la subrogation légale, d'après l'article 1251-1°, est précisément dans la même condition que celui qui obtient la subrogation conventionnelle, d'après l'article 1250-1° ;

Dans la même condition, disons-nous, avec cette différence seulement, tout entière à l'avantage du subrogé légalement, que celui-ci était intéressé à faire le payement; tandis que le subrogé conventionnellement n'y était pas intéressé !

Si donc, l'un peut obtenir, dans ce cas, la subrogation conventionnelle ;

A plus forte raison, l'autre peut-il obtenir la subrogation légale !

Et nous ajoutons que c'est précisément parce qu'il aurait pu obtenir la subrogation conventionnelle, que le législateur lui accorde la subrogation légale !

493. — *c.* La réfutation, que nous venons de fournir du second système, n'est autre que la démonstration même du troisième système, que nous croyons devoir proposer (*supra*, n° 487).

Nous concluons donc, en effet, avec ce dernier système, que le droit de payer avec subrogation le créancier à hypothèque générale, appartient également, d'après l'article 1251-1°, à l'un et à l'autre des créanciers à hypothèque spéciale, sans distinction entre les dates différentes de ces hypothèques ;

Qu'il appartient donc à Tertius, l'hypothécaire spécial de 1872, sur l'immeuble B; aussi bien qu'à Secundus, l'hypothécaire spécial de 1871, sur l'immeuble A;

Et que, puisqu'il appartient également à l'un et à l'autre, il produira tous ses effets sans restriction, quelque soit celui des deux, qui l'aura exercé.

Si donc c'est Tertius, qui le premier a payé Primus, l'hypothécaire général, il sera subrogé à tous ses droits, sur l'immeuble A, à l'encontre de Secundus;

De même que Secundus aurait été subrogé à tous ses droits sur l'immeuble B, à l'encontre de Tertius, si c'était lui, qui eût payé Primus (comp. Bourges, 18 janv. 1854, Bonnaire, Dev., 1854, II, 97; Cass., 3 mars 1856, Lorrain, Dev., 1857, I, 55; Cass., 2 août 1870, Fontaine, Dev., 1871, I, 25; Pont, *des Privil. et Hypoth.*, art. 2114, n° 341).

494. — Le droit de payer, avec subrogation, le créancier à hypothèque générale, appartient, disons-nous, également à l'un et à l'autre des créanciers à hypothèque générale, à celui-là donc qui l'exercera le premier.

Mais les voilà tous les deux, qui se présentent, en même temps, pour l'exercer, offrant, chacun de son côté, le payement au créancier hypothécaire général.

C'est l'hypothèse, que M. Labbé suppose, en ajoutant, ce que nous croyons aussi, qu'elle sera d'une réalisation difficile en fait (comp. *Observations* sur l'arrêt de la Cour de cassation du 2 août 1870, Dev., 1871, I, 25).

Mais enfin, si elle se réalise, comment la résoudre?

Notre savant collègue est d'avis que le créancier à hypothèque générale doit recevoir un payement offert de

plusieurs côtés à la fois ; et que néanmoins l'égalité doit être maintenue entre les créanciers, ayant des hypothèques spéciales, lesquels ont fait, en même temps ou en temps utile, les mêmes offres ; et que, par suite, la charge du payement, comme le profit de la subrogation, doit se répartir proportionnellement entre eux.

Nous ne verrions pas, en effet, d'autre dénouement à une telle compétition !

495. — Une dernière observation nous reste à présenter sur les conditions auxquelles est soumise la subrogation du n° 1 de l'art. 1251.

Cette espèce de subrogation ayant lieu dans l'intérêt du subrogé plutôt que dans l'intérêt du débiteur (*supra* n° 452) ;

Nous pensons qu'il faut en conclure que le subrogé n'est pas fondé à exercer, contre le débiteur, la répétition des déboursés, qu'il pourrait être obligé de faire pour l'obtenir.

C'est donc par lui que ces déboursés doivent être supportés, tels, par exemple, que les frais de quittance, qu'il aurait payés au créancier.

Par le même motif, il ne pourrait pas exiger du débiteur les intérêts de la somme qu'il aurait déboursée pour payer la créance du subrogeant, si cette créance ne produisait pas elle-même d'intérêts.

496. — III. Faut-il mettre en question quels sont les effets, que produit cette subrogation légale ? (*Supra* n° 453.)

Notre réponse est déjà faite !

La subrogation du n° 1 de l'article 1251 produit les mêmes effets, que la loi, en général, attache à toute subrogation, les mêmes effets, disons-nous, ni plus ni moins.

Et pourtant, il n'est pas sans intérêt d'affirmer encore ici cette réponse.

C'est que souvent, en effet, elle a été contestée ; et, dans ces derniers temps même, la Cour de Paris décidait que celui qui paye un créancier, qui lui est préférable à rai-

son de ses priviléges ou hypothèques, peut seulement obtenir *un rang meilleur sur l'immeuble, qui est affecté à son hypothèque*, mais qu'il ne peut pas obtenir *une hypothèque nouvelle sur un immeuble, qui ne lui était pas hypothéqué* (20 fév. 1868, Fontaine, Dev. 1871, I, 27.)

Mais comment justifier une telle restriction ?

Le créancier subrogé acquiert les droits et actions, priviléges et hypothèques, du créancier subrogeant ;

Or le subrogeant avait, on le suppose, une hypothèque sur un autre immeuble encore, outre celui, sur lequel il était préférable au subrogé ;

Donc, le subrogé lui succède, dans l'une des hypothèques aussi bien que dans l'autre.

Ce syllogisme nous paraît tranchant.

Il l'est d'autant plus, que cette doctrine était celle de nos anciens auteurs français.

La question s'agitait entre eux, il est vrai, de savoir si l'acquéreur, qui emploie son prix au payement des créanciers, ayant des hypothèques sur l'immeuble par lui acquis, n'obtient la subrogation qu'à ces hypothèques mêmes ; et l'opinion commune paraît avoir été, en effet, que cette subrogation ne s'étendait pas aux hypothèques, que les créanciers pouvaient avoir sur d'autres immeubles.

Mais, quant au créancier, qui payait un autre créancier qui lui était préférable, il était, au contraire, généralement reconnu que la subrogation comprenait, sans restriction, tous les droits du créancier remboursé, et, par conséquent, aussi les hypothèques, qu'il pouvait avoir sur d'autres immeubles (comp. Renusson, ch. v, n° 56 ; Rousseau de la Combe, *Jurisp. civ.*, v° Subrogation, n° 8 ; Pothier. *Des Obligations*, n° 521 ; *Introduct.* au tit. XX de la Cout. d'Orléans, n° 73.)

Telle est encore la solution, qu'il faut admettre.

Comment serait-il, en effet, possible que le Droit nouveau refusât à un créancier une subrogation, que l'ancien Droit lui accordait ! (Comp. Cass., 7 nov. 1854, Hau-

guel, Dev., 1854, I, 715; Cass., 3 avril 1861, Machard, Dev., 1861, I, 586; Mourlon, p. 388; Gauthier, n° 270.)

II.

DE L'ACQUÉREUR D'UN IMMEUBLE QUI EMPLOIE LE PRIX DE SON ACQUISITION AU PAYEMENT DES CRÉANCIERS, AUXQUELS CET HÉRITAGE ÉTAIT HYPOTHÉQUÉ.

SOMMAIRE.

497. — J'ai acheté, pour 100 000 fr., un immeuble, dont telle est la valeur.

Mais cet immeuble est grevé de deux hypothèques :

L'une, de premier rang, pour une créance de 100 000 fr., au profit de Primus;

L'autre, de second rang, pour une créance aussi de 100 000 fr., au profit de Secundus.

Je paye à Primus, le créancier hypothécaire du premier rang, les 100 000 fr., qui lui sont dus.

Et me voilà, par le seul fait de ce payement, subrogé, de plein droit, à sa créance.

Telle est l'hypothèse, que prévoit l'article 1251-2°, et dans laquelle il institue, en effet, au profit de l'acquéreur, la subrogation légale (comp. de Cacqueray, *Revue pratique*, t. IV, p. 81 et suiv.; Barillet, même *Revue*, t. XIV, p. 20 et suiv.).

498. — L'intérêt de l'acquéreur à faire le payement de son prix aux créanciers hypothécaires, premiers en rang, est de toute évidence !

Il est double :

En même temps que ce payement le libère de son *obligation personnelle* envers le vendeur;

Il le libère de son *obligation réelle* envers les créanciers privilégiés ou hypothécaires.

Du même coup qu'il affranchit sa personne, il affranchit son immeuble.

Tel est l'avantage incontestable du payement.

Mais où est l'avantage de la subrogation ?

499. — Le double intérêt, que l'acquéreur a *de payer*, fait, au contraire, précisément que l'on n'aperçoit pas l'intérêt qu'il a d'être *subrogé*.

Bien plus! il fait que l'on se prend à mettre en doute la possibilité même de cette subrogation à son profit.

En effet, d'une part, la subrogation ne peut exister qu'au profit de celui qui, en payant, fait une avance, dont il a le droit d'exercer la répétition; elle implique un recours, dont elle a pour but de garantir l'efficacité;

Or, l'acquéreur, en payant son prix aux créanciers hypothécaires, ne fait que payer sa propre dette; il cesse d'être débiteur, sans devenir créancier; et il n'a, en conséquence, droit à aucun recours;

Donc la cause efficiente de la subrogation semble faire défaut.

D'autre part, nul ne peut avoir une hypothèque sur son propre immeuble, pas plus qu'une servitude ou tout autre droit réel: *nemini res sua pignori esse potest* (comp. art. 617, 705, 2177).

Comment donc se peut-il que l'acquéreur, devenu propriétaire de l'immeuble par la vente, soit subrogé à des hypothèques, qui affectent cet immeuble même! est-ce que ces hypothèques ne sont pas éteintes par la confusion, c'est-à-dire par cette réunion, dans la même main, du droit de propriété et du droit hypothécaire?

500. — Ces deux objections seraient sans réplique, si l'acquéreur devait toujours conserver l'immeuble après le payement, qu'il fait de son prix aux créanciers auxquels cet immeuble était hypothéqué.

La subrogation, en effet, pourra lui être inutile:

1° S'il a payé, avec son prix, tous les créanciers auxquels l'immeuble était hypothéqué;

2° S'il ne subit aucune dépossession, ni par l'effet d'une revendication, ni par l'effet d'une résolution, ou d'une action en rescision ou en nullité.

Dans ce cas, il demeure propriétaire, sans être inquiété par personne.

Et la double objection, que nous venons de présenter, est exacte.

L'acquéreur n'a fait que payer sa dette, en payant son prix (comp. Cass., 31 déc. 1861, Vallabrègue, Dev., 1862, I, 591).

Les hypothèques, qui existaient sur l'immeuble, éteintes par le payement des créances, qu'elles garantissaient, ne sont pas moins éteintes par la confusion.

501. — Aussi, n'est-ce pas pour ce cas, que le législateur accorde à l'acquéreur la subrogation de plein droit !

C'est pour le cas, tout contraire, où l'acquéreur ne conserverait pas l'immeuble, et se trouverait exposé, par suite d'une dépossession, à perdre à la fois la chose et le prix.

L'acquéreur, par exemple, n'a payé, avec son prix, que le créancier hypothécaire du premier rang; il n'a pas payé le créancier hypothécaire du second rang; comme dans notre exemple (*supra*, n° 497).

Et voilà que le créancier du second rang exerçant son action hypothécaire, l'acquéreur se trouve obligé soit de payer encore ce créancier, soit de délaisser, soit de subir l'expropriation (art. 2167, 2168, 2169).

Ou bien, l'acquéreur se trouve dépossédé par une action en revendication, en nullité ou en rescision, ou par l'effet d'une résolution.

Il est évident alors que les deux objections, que nous avons présentées, s'évanouissent.

Ce n'est plus son prix, ce n'est plus sa dette, que l'acquéreur a payé; c'est la dette d'un autre; et il a un recours, qui peut être garanti par la subrogation.

Ce n'est plus sur son immeuble, qu'il a une hypothèque; c'est sur un immeuble appartenant à un autre!

Et puis d'ailleurs, c'est méconnaître le caractère de la confusion, que de prétendre y voir une vraie cause d'extinction de l'hypothèque, une cause comparable à l'extinction qui résulte du payement.

La confusion n'est qu'un fait!

Elle n'éteint pas plus les droits réels, qu'elle n'éteint les droits personnels; elle les paralyse; elle en empêche l'exercice, tant que subsiste le fait de la réunion, d'où elle résulte.

Mais elle ne les détruit pas !

Et ces droits, qui sommeillent, pour ainsi dire, plutôt qu'ils ne sont éteints, tant que dure la cause qui les paralyse, se réveillent avec toute leur énergie, dès que cette cause vient à cesser par un événement, qui la fait considérer *in præteritum* comme n'ayant pas existé.

De sorte que l'on peut avoir, en effet, ainsi, éventuellement, conditionnellement, une hypothèque sur son propre immeuble.

Telle est précisément la position de l'acquéreur, qui a payé son prix aux créanciers hypothécaires, auxquels cet immeuble était hypothéqué (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 404; et notre *Traité des Servitudes*, t. II, n° 985).

502. — Cette subrogation, qui est, comme on voit, très-possible en Droit, est d'ailleurs aussi, en fait, très-avantageuse pour l'acquéreur!

Et son intérêt *à être subrogé* va maintenant apparaître avec autant d'évidence qu'apparaissait tout à l'heure son intérêt *à payer*.

Qu'arriverait-il, en effet, si l'acquéreur n'était pas subrogé?

C'est qu'il pourrait perdre tout à la fois, et son prix et l'immeuble!

J'ai payé à Primus sa créance hypothécaire du premier rang, de 100 000 francs.

Puis voilà qu'ensuite je suis dépossédé, et que l'immeuble est vendu.

Un ordre s'ouvre.

Supposons que le payement fait par moi à Primus, soit pur et simple, et qu'il ait éteint absolument sa créance hypothécaire.

Secundus, le créancier hypothécaire du second rang, montant alors au premier rang pour sa créance de 100 000 francs, en demandera la collocation.

Et tout le prix de l'adjudication se trouvant absorbé par lui, que restera-t-il pour moi?

Rien qu'une créance personnelle contre le vendeur, qui est peut-être insolvable, et dont il faut même supposer l'insolvabilité, pour que l'intérêt de la subrogation au profit de l'acquéreur soit manifeste!

Ne serait-il pas regrettable que Secundus, le créancier hypothécaire du second rang, profitât, au détriment de l'acquéreur, du payement fait par lui à Primus, le créancier hypothécaire du premier rang?

L'équité ne commande-t-elle pas de procurer à l'acquéreur le moyen de reconquérir son prix?

Assurément oui!

Et voilà pourquoi le législateur lui accorde la subrogation aux droits de Primus, cette subrogation, qui est pour lui très-secourable, sans porter aucun préjudice à Secundus, dont elle ne change pas la situation, et à qui il est indifférent, puisqu'il est primé par une hypothèque antérieure à la sienne, que cette hypothèque appartienne à l'un ou à l'autre!

503. — L'acquéreur, qui peut invoquer la subrogation légale du numéro 2 de l'article 1251, pourrait d'ailleurs aussi invoquer le subrogation légale du numéro 3 de ce même article.

Nous allons voir, en effet, que le tiers détenteur, qui paye la dette à laquelle l'immeuble, qu'il détient, était hypothéqué, est subrogé de plein droit au créancier payé par lui (art. 1251-3°).

Mais alors, dira-t-on, pourquoi cette subrogation *spéciale* au profit de l'acquéreur, à côté de cette subrogation *générale* au profit de tout tiers détenteur, qui paye la dette hypothécaire dont son immeuble est grevé?

Le législateur a sans doute établi cette subrogation au

profit de l'acquéreur, afin précisément de lever le doute, qui aurait pu naître de l'objection, que nous venons de présenter (*Supra*, n° 499).

Il a pu craindre que peut-être on ne voulût refuser à l'acquéreur, qui, en payant son prix, paye sa dette, le bénéfice de la subrogation légale qu'il accorde au tiers détenteur, qui paye la dette d'un autre.

L'objection, si spécieuse qu'elle paraisse à première vue, n'est pas fondée, comme nous venons de le reconnaître; et elle n'a pas arrêté, en effet, le législateur.

Mais il a pu croire qu'il était prudent de la prévenir.

D'autant plus que cette subrogation de plein droit en faveur de l'acquéreur, avait été autrefois contestée (comp. *infra*, n° 506).

504. — De l'explication que nous venons de fournir, il résulte que la subrogation, qui est accordée à l'acquéreur par le numéro 2 de l'article 1251, est éventuelle, et l'on peut dire, conditionnelle;

Puisqu'elle ne doit se réaliser que dans le cas où l'acquéreur subirait une éviction, une dépossession (comp. Nîmes, 2 août 1853, Gauthier, Dev., 1854, II, 518).

Ajoutons, toutefois, que cette subrogation peut avoir, en outre, au profit de l'acquéreur, un effet actuel et préventif d'une grande importance.

Lorsque, en effet, l'acquéreur a payé, avec son prix, les créanciers des premiers rangs, il se peut que les créanciers des derniers rangs, quoique n'étant pas payés, n'aient pas d'intérêt à exercer leur droit hypothécaire.

C'est ce qui arrivera, lorsque le prix, payé par l'acquéreur aux premiers créanciers, égalera à peu près la valeur de l'immeuble.

L'immeuble, que j'ai acheté pour un prix de 100 000 francs, ne vaut que cette somme.

Et ce prix, je l'ai payé à Primus, le créancier hypothécaire du premier rang.

Où serait maintenant l'intérêt de Secundus, le créancier hypothécaire du second rang, à m'inquiéter et à faire vendre l'immeuble?

Le prix de l'adjudication serait encore de 100 000 fr., à peu près, un peu plus, ou peut-être même un peu moins!

Et tout ce prix étant absorbé par moi, en vertu de ma subrogation à la première hypothèque, il ne reviendrait de tout ceci à Secundus que des ennuis et des frais!

On peut donc dire que la subrogation de plein droit au profit de l'acquéreur, produit un double effet.

Elle peut, d'abord, dans son intérêt, empêcher le dommage.

Et elle le répare, quand elle n'a pas pu l'empêcher.

505. — Mais est-ce qu'il n'existe pas, au profit de l'acquéreur, un autre moyen, bien plus topique encore, de dégrever son immeuble des hypothèques, qui le grèvent?

Qu'il remplisse les formalités de la purge! (art. 2181, 2193).

Et, par ce moyen, il peut, en effet, sans être forcé de débourser une somme supérieure à son prix d'acquisition, dégrever l'immeuble de toutes les hypothèques, même de celles des créanciers, qui n'auront pas été payés; car ceux-ci seront obligés, pour le contraindre à payer au delà de son prix, de porter une surenchère d'un dixième (art. 2184-2185);

Obligation qui ne concerne pas les créanciers non payés, quand l'acquéreur s'est borné à payer, avec son prix, les premiers créanciers.

Il est vrai! le procédé de la purge a, sur le payement avec subrogation, cet avantage.

On peut ajouter encore, à l'avantage de la purge sur le payement avec subrogation, qu'il se pourrait que l'acquéreur, après avoir payé son prix au premier créancier, ne fût pas mis à l'abri de toute perte, par la subrogation.

Il avait acheté, par exemple, l'immeuble tout juste pour un prix correspondant à sa valeur réelle; et puis voilà qu'à la revente, le prix est inférieur au prix qu'il a payé!

J'avais acheté l'immeuble 100 000 francs; et il n'est revendu que 80 000 francs.

C'est donc une perte de 20 000 francs, que je vais faire, malgré ma subrogation, si mon vendeur est insolvable.

On ne saurait méconnaître ce danger; et il est certain que la purge, sous ce rapport, offre à l'acquéreur une garantie plus complète.

Mais aussi à quelles conditions?

Il faut que l'acquéreur, offrant son prix aux créanciers, les provoque à une surenchère; la purge, en effet, c'est une provocation, par laquelle l'acquéreur va pour ainsi dire lui-même au-devant de l'éviction! or, c'est assurément là un danger, et qui sera d'autant plus grave que le marché de l'acquéreur sera bon; comme si la valeur de l'immeuble comparée au prix d'acquisition, est telle qu'elle permette aux créanciers de former une surenchère sans péril!

Et puis, il faut que l'acquéreur soit prêt à payer immédiatement son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles (art. 2184).

Ce qui peut avoir, pour lui, une gravité considérable!

Tandis que le payement avec subrogation est, au contraire, de nature à prévenir l'éviction, et permet à l'acquéreur de jouir des termes et délais accordés au débiteur originaire (art. 2167).

Voilà, par contre, le double avantage du payement avec subrogation sur la purge; et c'est précisément pour fournir à l'acquéreur le moyen de conserver son immeuble sans être obligé de recourir à la purge, que la subrogation par payement lui a été accordée.

506. — Ce second cas de subrogation légale nous vient

aussi du Droit romain (comp. L. 12, § 1; L. 17 ff. *Qui pot. in pign.*; L. 3 Cod. *De his qui in priorum credit.*)

Ces textes décident, en effet, que l'acquéreur, qui paye son prix aux créanciers hypothécaires, succède à leurs hypothèques sur la chose par lui acquise.

Cette succession s'opérait-elle, de plein droit, par le seul fait du payement?

Ou fallait-il qu'elle fût requise?

La question était controversée entre les interprètes.

Cujas inclinait à croire que la subrogation avait lieu de plein droit. (*Paratit.* Cod. *De his qui in prior. credit.*)

Tel paraît avoir été, en effet, le sentiment général de nos anciens auteurs, et notamment de Renusson (chap. v, nos 14 et suiv.)

Mais pourtant Pothier, au contraire, pensait que le tiers acquéreur n'était subrogé que dans le cas où il avait acquis avec la clause que le prix de son acquisition serait employé à payer les créanciers hypothécaires; c'est ce que déclarent, disait-il, les termes de la loi : «.... *Quam emisse te dicis ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores* » (L. 3, *Cod. de his qui in loc.*; *Introduct. au tit.* xx *de la Cout. d'Orléans,* n° 73).

507. — C'est avec cette incertitude que la subrogation au profit de l'acquéreur est entrée dans notre ancien Droit français.

Elle y était certainement admise.

Ce qui était douteux seulement aussi, c'est la manière dont elle s'opérait :

Les uns voulant qu'elle eût lieu de plein droit, par cela seul que l'acquéreur payait son prix aux créanciers hypothécaires;

Les autres exigeant, en outre, de la part de l'acquéreur, une réquisition de cession d'actions (comp. *supra,* n° 543; Renusson, Pothier, *loc. supra cit.*; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. 6, n° 7; D'Olive, Liv. IV, ch. xiv; Bretonnier, v° *Subrogation,* t. II, p. 281).

508. — Le texte de l'article 1251-2°, a mis fin à cette controverse.

C'est de plein droit, que s'opère aujourd'hui cette subrogation !

Nous avons exposé les motifs, qui ont justement déterminé le législateur nouveau à supprimer la très-inutile entrave, que la nécessité d'une réquisition apportait à l'accomplissement d'une subrogation si bien justifiée et si équitable (*supra*, nos 444-445).

509. — Nous examinerons, sur ce second cas de subrogation légale, comme nous avons fait sur le premier :

I. Au profit de qui elle a lieu, et dans quels cas ;

II. A quelles conditions elle est soumise ;

III. Quels en sont les effets.

510. — I. Et d'abord, au profit de qui cette subrogation légale a-t-elle lieu ?

Notre texte répond :

« Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers, auxquels cet héritage était hypothéqué. »

Au profit de l'*acquéreur*.

Donc, il faut que celui qui paye les créanciers hypothécaires, soit, en effet, acquéreur de l'immeuble hypothéqué, au moment où il fait le payement.

D'où il suit que la subrogation ne saurait appartenir à celui qui, à ce moment, ne serait pas encore devenu acquéreur, ou qui aurait cessé de l'être.

C'est-à-dire que la subrogation ne peut s'opérer ni avant l'acquisition, ni après l'éviction.

511. — Point avant l'acquisition !

Si donc, ayant le projet d'acheter l'immeuble de Paul, je paye, par anticipation, les créanciers auxquels cet immeuble est hypothéqué, je n'aurai pas droit à la subrogation ;

En supposant même que j'en devienne ensuite acquéreur.

La subrogation est de droit étroit; on ne peut pas l'étendre en dehors des cas précis, où la loi elle-même l'accorde;

Or, la loi ne l'accorde pas à celui qui, dans le dessein seulement d'une acquisition future, désintéresse les créanciers (comp. Renusson, chap, v, n° 19; Toullier, t. IV, n° 143; Duranton, t. XII, n° 158; Mourlon, p. 384; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 182; Larombière, t. III, art. 1251, n° 21; Gauthier, n° 287).

512. — Nous ajoutons :

Point après l'éviction; ou plus généralement, après la dépossession, qui a détruit le titre de l'acquéreur.

Plus de prix non plus;

Plus d'intérêt à payer, de la part de celui qui a cessé d'être acquéreur.

On peut bien sans doute, dans ce cas, comme dans le cas précédent, stipuler la subrogation conventionnelle de l'article 1250.

Mais, pas plus dans l'un que dans l'autre, il n'y a lieu à la subrogation légale de l'article 1251.

513. — Très-différent est le cas où l'acquéreur payerait après avoir revendu!

La revente ne détruit pas son titre d'acquéreur.

Elle en affirme, au contraire, le maintien.

C'est donc son prix toujours, qu'il paye.

Voilà comment la Cour de cassation a décidé que la subrogation légale s'opère au profit de l'acquéreur, qui a revendu l'immeuble, lorsque le créancier hypothécaire a été payé sur le prix de la revente, après le dépôt de ce prix à la caisse des consignations par le nouvel acquéreur (20 août 1865, Véron, Dev., 1865, I, 433; comp. aussi Cass., 13 fév. 1866, Reymond, Dev., 1866, I, 197).

Ce prix, en effet, que le sous-acquéreur a consigné, à qui est-il dû? à qui appartient-il?

Il est dû et il appartient au premier acquéreur.

Et, par conséquent, c'est bien lui qui, de ses deniers, a payé le créancier hypothécaire, auquel l'immeuble était affecté (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 183; Gauthier n° 288; Larombière, t. III, art. 1251, n° 22).

514. — Il faut, d'ailleurs, bien entendu, que l'acquisition soit sérieuse.

La subrogation ne saurait avoir lieu au profit d'un acquéreur simulé, lors même que ce faux acquéreur aurait employé ses propres deniers à payer les créanciers hypothécaires du débiteur propriétaire de l'immeuble.

C'était le cas, s'il l'avait voulu, d'une subrogation conventionnelle.

Mais la subrogation légale ne peut pas être obtenue par une fraude à la loi elle-même!

Et cette fraude pourrait être établie par tous les genres de preuve.

515. — Mais, lorsque l'acquisition est sérieuse, il n'est pas indispensable qu'elle ait effectivement rendu l'acquéreur propriétaire.

La subrogation doit donc avoir lieu au profit de celui qui a acquis un immeuble de bonne foi *a non domino*, et qui a employé son prix au payement des créanciers hypothécaires, lors même qu'il est ensuite évincé par le véritable propriétaire.

Il était bien acquéreur; et tel est, en effet, le titre que tous les textes lui conservent, même après son éviction (comp. art. 1625, 1626, 1630, 1632, 1633, 1634).

C'est bien aussi son prix qu'il a employé au payement des créanciers hypothécaires, auxquels l'immeuble était hypothéqué.

Et, par conséquent, il se trouve dans les termes de la loi.

On n'est pas moins fondé à invoquer, en sa faveur, le motif essentiel qui l'a fait édicter.

Objectera-on que, étant évincé, il ne se trouve dans au-

cune des positions prévues par l'article 1251? (*Observations*, Dev., 1850, I, 465, *infra.*)

Mais c'est précisément parce qu'il est évincé et menacé de perdre à la fois son prix et l'immeuble, que la subrogation lui est secourable!

Cette subrogation est faite tout exprès pour cela.

Nous supposons d'ailleurs que l'acquéreur *a non domino* est de bonne foi.

La loi ne saurait, en effet, accorder la subrogation à celui qui achète de mauvaise foi un immeuble, qu'il sait ne point appartenir à son prétendu vendeur (comp. Cass., 18 mars 1850, Monnier, Dev., 1850, I, 465; Mourlon, p. 391 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 183; Larombière, t. III, article 1251, n° 15).

516. — La même solution serait, par les mêmes motifs, applicable au cas où l'acquéreur, après avoir payé son prix au créancier hypothécaire, verrait son acquisition tomber sous le coup d'une résolution, ou d'une action en nullité ou en rescision (comp. Larombière, t. III, art. 1251, n° 15).

Il est vrai que cette subrogation a été, dans l'origine, principalement introduite, afin de protéger l'acquéreur qui paye les premiers créanciers, contre l'éviction que pourraient ensuite lui faire subir les derniers créanciers non payés.

Nous ajouterons même que tel est encore aujourd'hui son motif principal.

Mais ce qu'il faut reconnaître aussi, c'est qu'une fois instituée en termes généraux par la loi, la subrogation doit produire son effet, non-seulement dans le cas où l'éviction de l'acquéreur provient des poursuites des créanciers hypothécaires non payés, mais encore dans le cas où l'éviction provient de tout autre cause, *soit d'une action hypothécaire*, *soit d'une action en revendication* (art. 1653).

Car l'une comme l'autre action fait naître, au profit

de l'acquéreur, la créance en recouvrement de son prix.

517. — L'article 1251-2° accorde la subrogation de plein droit à l'acquéreur *d'un immeuble.... d'un héritage.*

Que l'acquéreur d'un meuble ne soit pas subrogé, lors même qu'il emploierait son prix au payement des créanciers privilégiés, auxquels ce meuble était affecté, cela est d'évidence !

Vous avez acheté les meubles d'un locataire; et vous avez payé votre prix au propriétaire, auquel ses loyers étaient dûs ;

Ou vous avez acheté un meuble, sur lequel existait une créance privilégiée pour frais de conservation; et vous avez, avec votre prix, payé cette créance (art. 2102-1° et 3°),

Nulle subrogation, ni au privilége du propriétaire, ni au privilége de l'ouvrier, qui a conservé le meuble.

Tout ceci est en dehors de notre sujet, qui correspond essentiellement à la matière *des Hypothèques.*

Or, il n'y a point d'hypothèque sur les meubles ! (art. 2114, 2119; comp. pourtant *infra*, art. 1251-3°.)

518. — Il ne s'agit donc que d'immeubles dans notre texte.

Mais s'agit-il même de tous les immeubles?

L'article 1251-2° comprend certainement l'acquéreur:

Soit de la pleine propriété, en tout ou en partie, de l'immeuble hypothéqué;

Soit de la nue propriété seulement;

Soit seulement de l'usufruit (art. 518, 526, 2118, 2204; comp. Cass., 6 mai 1818, Sirey, 1818, I, 292; Paris, 23 déc. 1818, Sirey, 1819, II, 50).

519. — Nous ajoutons qu'il comprend également l'acquéreur d'un droit immobilier, formant une fraction du droit total de propriété, si, en effet, ce droit est tel qu'il puisse être considéré comme un immeuble susceptible

d'être vendu séparément, et, par suite aussi, d'être hypothéqué et exproprié (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — De la Propriété;* etc., t. II, n° 316).

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que l'article 1251-2° est applicable à l'acquéreur d'un droit immobilier de fouille et d'extraction concédé à perpétuité. (28 déc. 1853, Halary, Dev., 1854, I, 719).

520. — Mais l'article 1251 comprend-il aussi l'acquéreur d'un droit d'usage ou d'habitation ?

Mourlon répond affirmativement, et que cet acquéreur, en payant les créanciers hypothécaires, doit obteni la subrogation légale ;

Sinon, comme acquéreur, en vertu du numéro 2 de notre article, du moins comme tiers-détenteur, tenu, pour d'autres, en vertu du numéro 3.

Le savant auteur reconnaît que le créancier hypothécaire ne peut pas saisir et faire vendre aux enchères le droit d'usage ou le droit d'habitation, qui a été aliéné par le débiteur (art. 634, 2204).

Mais, ajoute-t-il, comme le créancier peut, à défaut de payement, saisir, dans ce cas, l'immeuble en toute propriété, sans tenir compte des droits réels consentis par le débiteur (arg. de l'art. 2091), il est vrai de dire que le détenteur de ces droits est dans la nécessité légale de payer le créancier, puisqu'il sera dépouillé des droits qu'il détient, s'il ne consent à le satisfaire (p. 459).

Nous croyons, néanmoins, que cette solution n'est conforme ni au texte de la loi, ni à la pensée essentielle qui a inspiré ce texte.

L'article 1251, dans ses termes mêmes, paraît bien avoir seulement en vue un acquéreur, qui peut être exposé à une poursuite hypothécaire; auquel les créanciers hypothécaires pourraient dire : *délaissez ou payez!* et qui, de son côté, pourrait leur offrir son prix ou une valeur estimative, en recourant à la purge;

Or, cette situation n'est pas celle de l'acquéreur d'un

droit d'usage ou d'habitation, qui ne se trouve pas face à face, en quelque sorte, avec les créanciers hypothécaires, et qui ne peut pas être inquiété directement par eux;

Donc, ce n'est pas à un tel acquéreur, que la loi a eu la pensée de fournir un moyen de se défendre contre une attaque, dont il ne peut pas être l'objet.

La subrogation légale, en effet, c'est surtout un moyen de défense.... *justa defensio*, disait la loi 3 du Code (*Qui potior. in pign.*).

C'est aussi avec ce caractère, que Renusson, dans notre ancien droit, la présentait :

« Quand un tiers-acquéreur, disait-il, est poursuivi par un créancier de son vendeur antérieur à son acquisition, et qu'il est obligé ou de délaisser et de déguerpir l'héritage par lui acquis, ou de payer le créancier par lequel il est poursuivi, on a demandé si, payant ce créancier pour se conserver la possession de la chose par lui acquise et ne pas la déguerpir, il sera subrogé de plein droit au créancier.... » (chap. v, n° 2).

Tel est toujours aussi le fait que prévoit l'article 1251, numéro 2.

Et, par conséquent, l'acquéreur d'un droit d'usage ou d'habitation est en dehors de sa prévision (comp. Gauthier, n° 359).

521. — Mourlon applique à l'acquéreur d'une servitude réelle la même solution qu'il vient d'appliquer à l'acquéreur d'un droit d'usage ou d'habitation (p. 459).

En quoi, sans doute, il est logique.

Et nous serons, à notre tour, logique également, en appliquant la solution contraire à l'acquéreur d'une servitude.

Car l'acquéreur d'une servitude n'est pas plus sujet à l'action directe des créanciers hypothécaires, que l'acquéreur d'un droit d'usage ou d'habitation (comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, p. 779).

522. — L'article 1251-2° accorde la subrogation à

l'acquéreur qui emploie *le prix de son acquisition* au payement des créanciers....

Rien de plus simple, s'il y emploie tout son prix, ni moins, ni plus.

Mais supposons qu'il y emploie *moins* que son prix, ou *plus* que son prix.

523. — *a*. J'ai acheté l'immeuble 100 000 fr.

Et je n'ai payé que 50 000 fr. à l'un des créanciers hypothécaires.

Serai-je subrogé jusqu'à concurrence de cette somme?

Évidemment, oui!

Il se peut d'abord que la seule créance à laquelle l'immeuble acquis par moi, est hypothéqué, ne soit, en effet, que de 50 000 fr.

Je ne puis donc pas payer plus.

Pourquoi ne serais-je pas subrogé?

Mais dans le cas même où les créances hypothécaires sont égales ou supérieures à mon prix, qu'importe que j'y emploie la totalité ou seulement une partie?

Il faut bien, d'ailleurs, s'il existe sur mon immeuble deux créances hypothécaires distinctes, chacune de 50 000 fr., que je commence par employer au payement de l'une d'elles, une moitié de mon prix.

Est-ce que je ne serai pas subrogé, de suite, à ce céancier, avant d'avoir payé l'autre?

Où est, pour moi, l'obligation de les payer simultanément, obligation qui pourrait être parfois, en fait, impossible à remplir!

Et puis, d'ailleurs, si l'une d'elles seulement est exigible, tandis que l'autre est à un terme qui n'est pas échu, j'ai le droit, aux termes de l'article 2167, de jouir des termes et délais accordés au débiteur originaire.

Et puis enfin, il peut me suffire, pour consolider mon acquisition, de payer une partie de mon prix à l'un des créanciers, parce que je sais que les autres créanciers n'exerceront pas leur action hypothécaire.

Certainement donc, l'article 1251 n'exige pas que l'acquéreur, pour être subrogé, emploie la totalité de son prix au payement des créanciers, auxquels l'immeuble est hypothéqué.

524. — *b.* Mais l'acquéreur, loin d'y employer *moins*, y a employé *plus* que son prix.

Supposons même que, après avoir d'abord payé imprudemment la totalité de son prix au vendeur, il l'a ensuite payé, une seconde fois, en totalité, aux créanciers hypothécaires !

Sera-t-il subrogé de plein droit, pour tout cet excédant qu'il a payé?

Cette autre question, en sens inverse, pourrait, à première vue, paraître délicate.

La subrogation est, en effet, de droit étroit; et nous avons déjà dit que la subrogation légale, en particulier, ne doit pas être étendue au-delà des termes mêmes de la loi;

Or, la subrogation légale n'est accordée par l'article 1251-2° à l'acquéreur, qu'en tant qu'il emploie *le prix de son acquisition* au payement des créanciers hypothécaires ;

Donc, elle lui est accordée seulement jusqu'à concurrence de ce prix.

La doctrine contraire est toutefois, malgré cet argument, très-accréditée ; et nous croyons, en effet, qu'elle doit être admise :

1° En établissant la subrogation au profit de l'acquéreur, qui emploie *le prix* de son acquisition à payer les créanciers auxquels l'immeuble acquis par lui est hypothéqué, l'article 1251-2° a en vue le cas le plus ordinaire, qui est généralement celui où l'acquéreur n'y emploie que son prix ;

D'autant plus que, pour les sommes, qu'il y emploie au-delà de son prix, la subrogation ne paraît pouvoir présenter d'intérêt pour lui, que si l'immeuble est vendu aux enchères pour un prix supérieur au prix de la vente

amiable, dans le cas, du moins, où les créanciers payés par lui n'ont d'hypothéque que sur l'immeuble qu'il a acquis.

Est-ce que, d'ailleurs, cet excédant qui est payé par l'acquéreur, n'est pas encore payé par lui en sa qualité d'acquéreur, et pour consolider sa propriété?

Evidemment, oui!

De sorte qu'il est vrai de dire, à certains égards, que c'est encore son prix qu'il paye!

Seulement, il paye un prix plus fort; où il paye deux fois, le prix qu'il a promis!

En quoi, sans doute, il est plus exposé à perdre son argent et plus digne encore, par conséquent, de la faveur de la loi.

Il est donc permis de croire que ces expressions de l'article 1251-2° sont démonstratives plutôt que limitatives, et que le mot : *prix*, comprend toutes les sommes payées par l'acquéreur, en cette qualité, et dans le but de consolider son acquisition.

2° On peut ajouter que si l'acquéreur n'était pas subrogé en vertu du numéro 2 de l'article 1251, comme acquéreur, il serait subrogé en vertu du numéro 3, comme tiers-détenteur.

Ce qui diminue singulièrement l'intérêt de la question qui s'est élevée sur le numéro 1.

Est-il vrai, toutefois, qu'il n'y ait pas de différence entre l'acquéreur qui se borne à payer son prix aux créanciers hypothécaires, et l'acquéreur qui leur paye plus que son prix? c'est ce que nous nous réservons d'examiner (comp. *infra* n° 551; Cass., 15 janv. 1833, Dev., 1833, I, 81; Paris, 20 déc. 1834 et 19 déc. 1836, Dev., 1836, II, 159; Cass., 21 déc. 1836, Lecocq, Dev., 1837, I, 54; Cass., 15 avril 1844, Coquard, Dev., 1844, I, 850; Alger, 18 janv. 1868, Bourgeois, Dev. 1868, II, 319; Duranton, t. XII, n° 157; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 183; Marcadé, art. 1251, n° 2; Larombière, t. III, art.

1251, nos 27-28; Colmet de Santerre, t. V, n° 194 *bis*, V).

525. — L'acquereur, qui est subrogé de plein droit par l'article 1251-2°, est celui qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était *hypothéqué*.

Que le *privilége* soit compris dans le mot : *hypothèque*, cela est évident; le privilége n'est qu'une hypothéque privilégiée. (Art. 2113; comp. art. 1251-1°).

Mais on ne saurait, à notre avis, aller au-delà.

L'acquéreur, par exemple, a payé le donateur d'un immeuble qui, à défaut d'un privilége, que la loi ne lui accorde pas, demandait la révocation de la donation, pour cause d'inexécution des charges qu'il y a mises.

Cet acquéreur sera-t-il subrogé, de plein droit, à l'action en résolution du donateur?

C'est la même question que nous avons posée déjà, en ce qui concerne celui qui paye un créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques.

Et nous croyons qu'elle doit, dans ce second cas, recevoir la même solution que dans le premier (*supra* n°464).

526. — Par contre, l'acquéreur est subrogé de plein droit, toutes les fois qu'il emploie son prix au payement des créances hypothécaires, qui affectent l'immeuble acquis par lui.

Mais pourtant, si l'hypothèque qui grève l'immeuble, était la sienne? si c'était lui, l'acquéreur, qui fût le créancier hypothécaire?

Tout de même !

La question paraît avoir été, il est vrai, controversée dans l'ancien Droit; et Renusson y a consacré de longs développements, qu'il termine, toutefois, par cette conclusion, que « l'acquéreur, obligé de délaisser et de déguerpir, doit *rentrer dans ses droits et dans l'hypothèque de sa première obligation.* » (Chap. V, nos 21 à 34.)

Nous ne nierons pas ce qu'il peut y avoir, à première

vue, de singulier dans cette subrogation de l'acquéreur à une hypothèque qui lui appartient.

Est-ce que l'on peut acquérir ce que l'on a? un créancier peut-il être subrogé à lui-même?

Ce qu'il faut répondre à cette objection assez spécieuse dans sa subtilité même, c'est que précisément la subrogation a pour but d'empêcher que l'hypothèque ne s'éteigne par la réunion, sur la même tête, de la qualité de propriétaire de l'immeuble et de la qualité de créancier; qu'elle ne s'éteigne, disons-nous, d'une manière définitive et irrévocable.

Cette extinction irrévocable et définitive serait, en effet, très-préjudiciable pour l'acquéreur et très-inique.

Et c'est là ce que le législateur a voulu empêcher par l'article 2177, dont le premier alinéa est ainsi conçu :

« Les servitudes et droits réels, que le tiers détenteur « pouvait avoir sur l'immeuble avant sa possession, renais- « sent après le délaissement ou après l'adjudication faite « sur lui. »

C'est que la confusion n'est qu'un fait, qui ne doit nuire à personne.

C'est surtout qu'il n'y a qu'une confusion définitive et irrévocable *ab initio*, qui puisse produire des effets définitifs et irrévocables.

Ajoutons, d'ailleurs, que, l'effet de cette dépossession *ex causâ primævâ et antiquâ*, est que le titre de l'acquéreur est anéanti par une condition résolutoire.

Or, l'effet de la condition résolutoire est de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé (art. 1183; comp. le tome II de ce *Traité*, n° 446).

Concluons donc que la créance et l'hypothèque de l'acquéreur renaîtraient après sa dépossession, le délaissement ou l'adjudication faite par lui.

M. Larombière remarque qu'il convient de restreindre cette décision au seul cas où les droits du créancier ont

été éteints virtuellement, en dehors de tout acte volontaire de sa part, par les effets propres de la confusion; et qu'elle est inapplicable, lorsque, indépendamment de la confusion, il a déclaré, contradictoirement avec son débiteur, compenser sa créance avec son prix, sans aucune réserve, et éteindre ainsi ses droits purement et simplement (t. III, art. 1251, n° 24).

Nous le croyons ainsi, en ajoutant toutefois qu'il ne faut pas voir facilement la renonciation à un droit.

Nous reviendrons, d'ailleurs, sur cette thèse, lorsque nous aurons à nous expliquer sur l'effet de la dation en payement (comp. Cass., 7 nov. 1854, Hauguel, Dev., 1854, 1, 715; Merlin, Répert., v° *Subrogation*, sect. II, § 4, n° 1; Toullier, t. IV, n° 144; Troplong, *Des hypothèques*, n°s 841, 847 et suiv.; Gauthier, n° 293 et suiv.).

527.—II. Nous venons d'examiner au profit de qui la subrogation légale existe.

Examinons maintenant à quelles conditions elle est soumise (*supra* n° 509).

La condition de toute subrogation, c'est un payement.

En quoi consiste le payement, qui doit être fait par l'acquéreur?

L'article 1251-2° répond que l'acquéreur d'un immeuble, pour obtenir la subrogation, doit employer le prix de son acquisition au payement *des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.*

D'où il suit qu'il n'est tenu de payer, avec son prix, les créanciers hypothécaires, qu'autant que leurs hypothèques affectent l'immeuble par lui acquis.

Si donc le créancier d'une somme de 100 000 fr. avait, pour une moitié de sa créance, une hypothèque de 50 000 fr. sur l'immeuble A, et, pour l'autre moitié, une hypothèque de 50 000 fr. sur l'immeuble B, l'acquéreur de l'immeuble A ne serait pas tenu, afin d'être subrogé à la partie de la créance, à laquelle cet immeuble

est affecté, de payer l'autre moitié à laquelle est affecté l'immeuble B.

Il lui suffirait de payer la créance hypothécaire de 50 000 fr. qui affecte l immeuble qu'il a acheté.

Mais est ce que le créancier peut être tenu de recevoir ce payement partiel ?

La réponse est que ce n'est pas le débiteur qui offre cette somme de 50 000 fr. au créancier hypothécaire.

C'est le tiers acquéreur !

Or, à la différence du débiteur qui est tenu personnellement, le tiers acquéreur n'est tenu que réellement (art. 2167, 2168).

Et s'il n'y a qu'une seule dette de 100 000 fr. entre le débiteur et le créancier personnel, il y a, au contraire, deux dettes de chacune 50,000 fr. entre le tiers détenteur et le créancier hypothécaire.

Donc, le tiers acquéreur paye, en effet, toute la dette dont il est tenu, quand il paye toute la dette à laquelle *son héritage est hypothéqué.*

La même solution devrait être appliquée au cas, tout semblable, où la créance du capital serait hypothéquée sur l'un des immeubles ; tandis que la créance des intérêts de cette même créance non conservés de droit par l'inscription du capital, serait hypothéquée sur l'autre (comp. *supra*, n° 249 ; Cass., 21 déc. 1836, Lecocq, Dev. 1837, I, 54).

528. — Les motifs qui précèdent sont tels, qu'ils n'admettent aucune distinction entre le cas où l'immeuble autre que celui qui fait l'objet de l'acquisition, appartiendrait encore au vendeur, et le cas où il aurait été aliéné par lui.

Dans l'un comme dans l'autre cas, en effet, il y a toujours, à l'égard du tiers acquéreur, deux créances hypothécaires distinctes.

529. — Et puisque les deux créances sont distinctes, à l'égard du tiers acquéreur, il faut décider qu'il pour-

rait, en vertu de la subrogation, obtenir la priorité sur l'autre immeuble, à l'encontre même du créancier.

On objecterait, en vain, l'article 1252, d'après lequel la subrogation ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie.

Car, ce n'est pas en partie qu'il a été payé par l'acquéreur de l'un des immeubles.

C'est pour le tout! (comp. l'arrêt précité du 21 déc. 1836; *supra* n° 527.)

530. — Lorsque la loi, d'ailleurs, dit : *payement*, surtout en matière de subrogation, ce n'est pas une simple promesse de payement qu'elle exige.

C'est un payement réel et effectif! (Comp. Cass., 14 juill. 1813, Sirey, 1814, I, 38; Caen, 8 juin 1847, *J. du P.*, 1848, t. I, p. 250; Larombière, t. III, art. 1251, n° 17; Gauthier, n° 290 *bis*.)

531. — Peu importe la circonstance, dans laquelle l'acquéreur a fait le payement :

Spontanément;

Ou sur poursuites;

La loi ne distingue pas.

Et il n'y avait pas lieu de distinguer, puisque, dans tous les cas, c'est son prix, en effet, c'est-à-dire ses propres deniers, que l'acquéreur emploie au payement des créanciers auxquels son immeuble est hypothéqué.

532. — Mais ce qu'il faut toujours, c'est que le payement soit fait par l'acquéreur, de ses propres deniers, ou (ce qui revient au même) de deniers empruntés à cet effet, par lui, dans le but d'acquérir la subrogation.

C'est là, disons-nous, la condition de toute subrogation, sa cause efficiente et sa base! (Comp. *supra*, n° 469; Cass., 29 août 1865, Véron, Dev. 1865, I, 433; Cass., 13 fév. 1866, Reymond, Dev. 1866, I, 197.)

533. — Est-il nécessaire que l'acquéreur fasse ce paymeent en personne?

Assurément non!

Il peut le faire par lui-même, ou par un mandataire (comp. *supra*, n° 457).

Mais ce qu'il faut, c'est que le payement vienne de lui ; c'est qu'il s'établisse, entre lui et les créanciers, une relation telle, en effet, qu'il soit vrai de dire que c'est lui, l'acquéreur, qui a employé le prix de son acquisition au payement des créanciers, auxquels l'héritage était hypothéqué.

Voilà ce que notre texte exige !

534. — Il importe de bien poser ce principe, pour résoudre la question, qui s'est souvent élevée, de savoir si le prix peut passer par les mains du vendeur, pour arriver dans les mains des créanciers hypothécaires.

Nous croyons qu'une distinction doit être faite :

Ou l'acquéreur a payé son prix directement au vendeur, qui a ensuite payé, en son propre nom, ses créanciers avec ce prix ;

Ou l'acquéreur a remis son prix au vendeur, en le chargeant, comme son mandataire, de l'employer au payement des créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué.

Notre avis est que, dans le premier cas, la condition exigée par la loi, n'est pas remplie ;

Et qu'elle est, au contraire, remplie dans le second cas.

535. — Supposons d'abord que l'acquéreur a versé son prix entre les mains du vendeur purement et simplement.

Point de mandat! point de mention des créanciers hypothécaires dans la quittance!

L'acquéreur a payé son prix, pour se libérer personnellement ; il ne s'est préoccupé que de sa dette envers le vendeur ; et c'est, en effet, sa dette personnelle seulement qu'il a payée.

Il ne saurait alors y avoir de subrogation.

Sans doute la loi ne soumet cette subrogation à aucune forme spéciale ; elle n'exige qu'une condition, à savoir :

que l'acquéreur emploie son prix au payement des créanciers hypothécaires.

Mais cette condition-là, elle l'exige !

Et c'est bien le moins, que l'acquéreur, en payant son prix aux créanciers hypothécaires, manifeste, de cette manière si simple et si nécessaire, sa volonté d'acquérir la subrogation !

Surtout, il ne faut pas que l'attitude qu'il prend, ait le caractère d'un refus de la subrogation légale.

Or, vraiment, n'est-ce pas un refus de la part de cet acquéreur, qui, sans se préoccuper de sa qualité de tiers-détenteur envers les créanciers hypothécaires, paye purement et simplement, en sa qualité d'acquéreur, sa dette personnelle envers le vendeur !

Peu importe, après cela, l'emploi que le vendeur lui-même fera de ce prix qu'il a reçu.

L'acquéreur n'y a pas mis de condition ; il a suivi la foi du vendeur ; il s'en est rapporté à sa solvabilité personnelle.

Lors même donc que le vendeur emploierait le prix à payer les créanciers, qui ont des hypothèques sur l'immeuble, il n'y aurait pas de subrogation au profit de l'acquéreur.

Car le vendeur les a payés en son nom ; c'est le débiteur qui a payé ses créanciers ;

Or, d'un tel payement, fait par le débiteur lui-même, de ses propres deniers, à son propre créancier, comment une subrogation pourraît-elle naître, puisqu'il n'en peut naître aucun recours !

Et c'est en vain, que plus tard, l'acquéreur entreprendrait de retirer du vendeur ou des créanciers hypothécaires une quittance en son propre nom !

Ce serait là une fraude qui ne saurait changer la vérité du fait ni en modifier les conséquences légales.

536. — Très-différent est, suivant nous, le second cas, que nous avons supposé (*supra*, n° 534.)

Cette fois, l'acquéreur a remis son prix au vendeur, en le chargeant, comme mandataire, de l'employer, en son nom, à payer les créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué.

Le vendeur a rempli son mandat; il a payé les créanciers hypothécaires, avec le prix qu'il avait reçu de l'acquéreur.

La subrogation aura-t-elle lieu, de plein droit, au profit de l'acquéreur?

Non! d'après plusieurs jurisconsultes :

« On comprend difficilement, dit M. Gauthier, que le vendeur, auquel l'acquéreur remet des fonds à titre de payement et qui en donne quittance puisse être regardé comme le mandataire de l'acquéreur, quand ensuite il paye, avec les fonds qu'il a reçus, ses propres créanciers. La condition expresse de cet emploi, mise au payement, qui lui est fait de son prix, ne saurait en changer le caractère... (nº 290; *comp.* Mourlon, p. 385.)

Mais, au contraire, il nous semble que la condition expresse de cet emploi, mise par l'acquéreur au payement qu'il fait au vendeur, en change complétement le caractère :

1° L'acquéreur, en effet, peut faire le payement aux créanciers hypothécaires, soit par lui-même, soit par un mandataire; c'est ce que nous venons de reconnaître.

Nous ajoutons qu'il peut prendre pour mandataire le vendeur aussi bien que tout autre; c'est même le cas que le Droit romain, d'où cette subrogation procède, semble avoir principalement supposé : « ... *Quam emise tu dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores...* » (L. 3 Cod. *Qui pot. in pign.*);

Or, cette condition d'emploi, mise par l'acquéreur au payement qu'il fait au vendeur, est un mandat de payer, en son nom, les créanciers hypothécaires; et presque toujours, en effet, c'est sous le nom de mandat qu'elle est insérée;

Donc, le payement fait, dans ce cas, par le vendeur aux créanciers hypothécaires, est reputé fait par l'acquéreur lui-même.

2° L'acquéreur n'est pas dans la position d'un tiers, qui prête ses deniers au débiteur pour obtenir de lui la subrogation conventionnelle, que l'article 1250 soumet à des déclarations d'emploi.

Aucune déclaration de ce genre n'est exigée de l'acquéreur!

La subrogation lui est acquise par ce seul fait qu'il a employé le prix de son acquisition au payement des créanciers hypothécaires.

Or, c'est bien lui qui a fait cet emploi de son prix, lorsque le vendeur l'a fait, non pas en sa qualité de vendeur, payant sa dette à ses créanciers personnels, mais en qualité de mandataire de l'acquéreur, payant son prix aux créanciers hypothécaires.

3° Et il n'y a pas lieu de distinguer à quel moment ni par quel acte ce mandat a été donné par l'acquéreur au vendeur : si c'est au moment de la vente, et par une clause insérée dans le contrat ; ou si c'est au moment du payement et par une clause insérée dans la quittance.

Les arguments, que nous venons de présenter, démontrent que, dans l'un comme dans l'autre cas, le vendeur, payant les créanciers hypothécaires avec le prix, qu'il n'a reçu que sous la condition de ce payement, doit être considéré comme le mandataire de l'acquéreur, et que, par conséquent, la subrogation doit avoir lieu au profit de celui-ci (comp., Colmar, 16 déc. 1825, Dahlen, D. 1827, II, 24; Ferrières, *sur l'art.* 108 *de la Cout. de Paris*, § V, n° 14; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 183; Larombière, t. III art. 1251, n° 17.)

537. — Nous ne voulons pas nier que la distinction que nous venons de proposer, ne puisse parfois paraître délicate.

Il est donc essentiel que l'acquéreur, qui veut obtenir

la subrogation, tout en versant son prix entre les mains du vendeur, ne laisse subsister aucun doute sur sa volonté.

Il ne serait pas impossible que l'on prétendît que la manifestation n'en résulte pas suffisamment de la clause, par laquelle il aurait stipulé que le vendeur désintéressera les créanciers hypothécaires avec le prix qu'il lui paye.

N'a-t-il eu en vue, par cette clause, que le dégrèvement pur et simple de son immeuble, en payant sa dette personnelle d'acquéreur au vendeur ?

A-t-il eu, au contraire, en vue la subrogation ?

Voilà le doute qu'il faut écarter.

538. — C'est l'acquéreur lui-même, qui a payé directement son prix aux créanciers, auxquels l'immeuble était hypothéqué.

Mais il l'a payé, en conformité et en exécution d'une délégation contenue dans son acte d'acquisition.

Sera-t-il subrogé de plein droit ?

La cour d'Amiens a répondu négativement et qu'une telle clause fait obstacle à la subrogation légale au profit de l'acquéreur (13 août 1824, Regnault, Sirey, 1826, I, 135.)

Mais cette doctrine n'a pas prévalu ; et elle ne pouvait pas, en effet, prévaloir :

1° Elle est d'abord contraire à l'autorité des traditions historiques.

« Quand un acquéreur, dit Renusson, est chargé, par un contrat d'acquisition, de payer au créancier de son vendeur, et qu'il paye, en exécution de son contrat, le créancier, les lois romaines ont trouvé juste que tel acquéreur succède de plein droit et entre au lieu et place du créancier, qu'il a payé... » (*chap.* V, n° 4.)

Et le savant auteur admet aussi, dans l'ancien Droit français, la même subrogation.

Pothier n'est pas moins explicite :

« ... Dans l'espèce de la loi 3 au Code, *Qui potiores in*

pignore, le tiers-acquéreur, dit-il, avait acquis avec la clause que le prix de son acquisition serait employé à payer un créancier hypothécaire; et c'est en vertu de cette clause qu'il acquiert la subrogation... » (*Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans*, n° 73)

2° Ajoutons que cette doctrine n'est pas moins contraire au texte de l'article 1251-2°, qui a certainement consacré, dans le Droit nouveau, les traditions de l'ancien Droit.

La seule condition, en effet, que le texte exige pour que la subrogation s'opère, de plein droit, au profit de l'acquéreur, c'est qu'il emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers, auxquels l'immeuble acquis par lui, est hypothéqué;

Or il a, nous le supposons, employé son prix à ce payement;

Donc, il se trouve exactement dans les termes mêmes de la loi.

3° On se récrie :

C'est en conformité d'une délégation contenue dans son contrat, qu'il a payé les créanciers hypothécaires!

Mais est-ce que cette délégation est incompatible avec la subrogation?

Pas du tout!

Loin d'empêcher l'accomplissement de la condition à laquelle la subrogation est soumise, elle l'assure!

Et c'est précisément sans doute parce que l'acquéreur voulait payer son prix, avec subrogation, aux créanciers qui avaient des hypothèques sur l'immeuble, qu'il a accepté cette clause de délégation, qui, en l'obligeant, envers son vendeur, à les payer, lui fournissait à lui-même, le moyen d'obtenir, la subrogation! (Comp. Cass., 28 déc. 1853, Halary, Dev., 1854, I, 719; Cass., 7 nov. 1854, Hauguel, Dev., 1854, I, 715; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 184.)

539. — La loi n'exige, avons-nous dit, aucune formalité à l'effet de constater cet emploi du prix, d'où résulte la subrogation.

« Attendu, porte un arrêt de la Cour de cassation, que, aux termes de l'article 1251-2°, la subrogation existe de plein droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers, auxquels cet héritage était hypothéqué, et que, en présence de cette disposition formelle, la seule condition imposée à l'acquéreur, pour obtenir le bénéfice de la subrogation, est évidemment de justifier que son prix a été réellement employé à l'acquittement des créances hypothécaires assises sur l'immeuble.... » (11 août 1852, de Beaunay, Dev., 1853, I, 299).

Ajoutons que cette justification elle-même résulte suffisamment de la quittance, pure et simple, qui est donnée par les créanciers hypothécaires à l'acquéreur, sans qu'il soit nécessaire d'y insérer aucune mention d'emploi ni de subrogation.

Nous supposons que c'est l'acquéreur, qui paye lui-même avec son prix.

Et c'est dans ce cas que nous disons que la subrogation s'opère à son profit, *ipso facto*, par le fait même du payement.

540. — En est-il ainsi dans le cas où l'acquéreur paye les créanciers par l'intermédiaire du vendeur?

C'est le même texte, qui règle cette hypothèse aussi bien que l'autre.

L'article 1251-2° ne fait, à cet égard, aucune distinction.

D'où il faut, en effet, conclure que, pas plus dans un cas que dans l'autre, la loi ne soumet la subrogation à une déclaration d'emploi, soit dans la quittance donnée par le vendeur à l'acquéreur, soit dans la quittance donnée par les créanciers hypothécaires au vendeur.

Seulement, ce qu'il faut dans ce dernier cas, c'est que le payement du prix par le vendeur, comme fondé de pouvoir de l'acquéreur, soit bien constaté.

Mais, à cet effet, il suffira de comparer la quittance donnée par le vendeur, et la quittance donnée par les créanciers.

Et la preuve de l'emploi du prix à cette destination pourra résulter de la corrélation reconnue entre ces diverses quittances et de la simultanéité des payements faits par l'acquéreur au vendeur et par le vendeur aux créanciers (comp., l'arrêt précité du 12 août 1852, *supra*, n° 529).

Que l'acquéreur toutefois soit averti qu'il peut y avoir là, pour lui, un danger !

Le vendeur ne peut-il pas détourner de leur destination les fonds, qu'il lui a remis pour les payer aux créciers ?

C'est un danger semblable à celui que nous avons dénoncé au prêteur de deniers, qui veut acquérir la subrogation (*supra*, n° 426).

Le remède est aussi le même !

C'est de ne pas confier ses fonds au vendeur, ou du moins, de veiller à ce qu'il ne s'écoule pas, entre le payement fait par l'acquéreur au vendeur, et le payement fait par le vendeur aux créanciers, un trop long intervalle (comp., Larombière, t. III, art. 1251, n° 20).

541. — Au point où nous en sommes, est-il nécessaire d'ajouter que les quittances peuvent être sous signature privée ?

Notre texte, en effet, qui ne les soumet à aucune condition de forme, n'exige pas qu'elle soient authentiques ; et il n'y avait pas, en effet, dans ce cas, de motif pour l'exiger, comme dans la cas de la subrogation conventionnelle de l'article 1250-2°.

542. — Faut-il au moins que les quittances aient une date certaine ?

Le texte est muet sur cette condition de forme aussi bien que sur les autres.

Elle n'est donc pas non plus exigée.

Mais il peut être prudent de leur donner date certaine (art. 1328; comp. Cass., 14 juill. 1813, Sirey, 1814, I, 38; Larombière, t. III, art. 1251, n° 20; Gauthier, n° 291).

545. — III. Nous avons vu que nos anciens auteurs français n'étaient pas d'accord sur l'existence même de cette subrogation. (*supra*, n° 507).

Quoi d'étonnant, s'ils s'étaient divisés sur les effets, qu'elle devait produire!

L'acquéreur succédait-il seulement aux hypothèques, qui appartenaient aux créanciers, par lui payés, sur l'immeuble, qu'il avait acquis?

Ou succédait-il à tous les droits, que ces créanciers pouvaient avoir, soit sur les autres immeubles du débiteur, encore en sa possession ou aliénés par lui, soit contre ses cautions?

La question était controversée.

Le sentiment le plus général paraît avoir été que la subrogation de l'acquéreur était limitée aux hypothèques des créanciers sur l'immeuble, qu'il avait acquis (comp., Renusson, chap. v, n° 42; Argou, liv. IV, chap. v; Rousseau de la Combe, *Jurisprud. civ.* v° *subrogation*, n° 8).

Pothier, toutefois, avait une autre doctrine; il distinguait :

Si l'acquéreur, en payant son prix aux créanciers hypothécaires, n'avait pas requis la cession d'actions, il n'était pas subrogé, pas même à leurs hypothèques sur l'immeuble acquis par lui; telle eût été du moins, d'après lui, la rigueur du principe; il ajoutait pourtant que l'acquéreur était admis à exercer leurs hypothèques sur cet immeuble, contre les créanciers postérieurs à ceux qu'il avait payés; ce qui peut être fondé, disait-il, sur ce que, en acquittant l'hypothèque de cet ancien créan-

cier, *meliorem fecit in eo fundo cæterorum creditorum pignoris causam;* ce qui lui donne contr'eux *exceptionem doli* pour retenir ce qu'il a payé.

Si, au contraire, l'acquéreur, en payant, avec son prix, les premiers créanciers, avait requis la cession d'actions, il obtenait, d'après Pothier, la subrogation complète à tous leurs droits, non seulement sur l'immeuble par lui acquis, mais encore sur les autres immeubles qui étaient affectés à leurs créances (*Introduct.* au tit. XX, *de la Cout., d'Orléans,* n° 73).

Mais telle n'était pas l'opinion commune.

Et généralement, au contraire, notre ancienne jurisprudence avait limité la subrogation de l'acquéreur aux hypothèques des créanciers sur l'immeuble par lui acquis.

544. — Cette limitation, d'ailleurs, pouvait, à première vue, sembler conforme au motif principal, qui fit originairement introduire l'espèce de subrogation, que nous venons d'étudier.

Ce motif, nous l'avons exposé (*supra,* nos 499-500).

Ce que l'on avait voulu principalement, c'était de fortifier l'acquéreur dans la propriété de son immeuble, et, au besoin, de lui assurer la restitution de son prix, s'il venait à être poursuivi par les créanciers non payés.

La Constitution impériale, 3, au Code, *de his qui in priorum creditorum locum succedunt,* mettait ce motif bien en relief:

« *Si potiores creditores pecuniâ tuâ dimissi sunt,* .... *contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.* »

Et pour cela, en effet, il avait pu paraître suffisant de faire succéder seulement l'acquéreur aux hypothèques que les créanciers payés avaient sur l'immeuble acquis par lui, et qui primaient, sur cet immeuble, les créanciers non payés.

C'était la conclusion, très-nette aussi, de Cujas, sur cette loi :

« .... In ea re, disait-il, *emptor potior erit omnibus creditoribus inferioribus, si qui sunt.* »

545. — Or, ce motif originaire de la subrogation au profit de l'acquéreur, est, il faut bien le reconnaître, celui sur lequel elle repose encore aujourd'hui principalement.

C'est encore contre les poursuites qui pourraient venir des créanciers non payés, qu'elle a surtout pour but de protéger l'acquéreur, en le subrogeant aux créanciers payés.

Et voilà comment une doctrine s'était, même sous notre Droit nouveau, produite, d'après laquelle la subrogation de l'acquéreur devait être encore limitée aux hypothèques, qui appartenaient aux créanciers payés, sur l'immeuble par lui acquis, sans pouvoir s'étendre à leurs autres droits, et notamment aux hypothèques qui pouvaient appartenir à ces créanciers sur d'autres immeubles (comp. Bourges, 10 juillet 1829, Bonneau, D., 1829, II, 272; Paris, 10 juin 1833, Badère, D., 1833, II, 184; Favard de Langlade, Répert. v° *Subrogation*, § 2, n° 5).

Telle avait été, d'abord, la doctrine de Toullier (t. V, n° 145) et de Duranton (t. XII, n° 161).

Mais les savants auteurs s'en sont ensuite départis, pour revenir à la doctrine contraire.

546. — Et c'est très-justement, suivant nous.

Car cette doctrine est la seule, qui nous paraisse juridique, sous l'empire de notre Droit nouveau :

1° Le texte même de la loi l'impose, en effet, tout d'abord, impérativement.

Aux termes de l'article 1251-2°, la subrogation a lieu, de plein droit, au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué;

Or, la subrogation comprend généralement tous les droits qui appartiennent au créancier payé; il faut,

pour qu'il en soit autrement, une exception formelle à cette règle fondamentale de notre matière ; exception qui n'existe pas ici ;

Donc, l'acquéreur est subrogé à tous les droits des créanciers par lui payés avec son prix, puisque la loi prononce, à son profit, la subrogation dans les termes les plus absolus.

Par conséquent, il est subrogé aux hypothèques que ces créanciers peuvent avoir sur d'autres immeubles que celui qu'il a acquis.

Si un créancier chirographaire du vendeur avait payé les premiers créanciers hypothécaires, il serait certainement subrogé à toutes leurs hypothèques (art. 1251-1°; *supra* n° 496).

Pourquoi l'acquéreur n'obtiendrait-il pas une subrogation aussi étendue?

Mais lui-même, est-ce qu'il ne peut pas être considéré comme un créancier chirographaire du vendeur, pour le cas éventuel où il viendrait à subir une dépossession? ce qui est précisément le cas où la subrogation, que la loi lui accorde, remplit son office !

Cet argument, qui fut présenté à Toullier, comme il nous l'apprend, *par un savant magistrat, ami de la science*, *M. Nicod*, est un de ceux qui le déterminèrent *à rétracter sa première opinion* (*loc. supra cit.* n° 545).

2° Ajoutons, d'ailleurs, que le motif sur lequel cette subrogation est fondée, loin de faire obstacle à ce qu'elle produise la plénitude des effets que la loi attache à toute subrogation, exige, au contraire, qu'elle les produise, afin d'atteindre sûrement le but, qu'elle se propose.

D'une part, en effet, il se pourrait que l'acquéreur ne fût pas suffisamment protégé, même contre les poursuites des créanciers non payés, si la subrogation était limitée aux hypothèques qui appartiennent aux créanciers payés, sur l'immeuble par lui acquis; c'est ce qui arriverait, si le prix de l'adjudication, qui aurait lieu sur

es poursuites des créanciers non payés, était inférieur au prix qu'il a payé aux premiers créanciers.

J'ai payé tout mon prix, 100 000 fr., à Primus, créancier hypothécaire du premier rang sur mon immeuble; et Secundus, créancier hypothécaire du second rang, ayant fait saisir et vendre l'immeuble, l'adjudication n'a produit qu'un prix de 80 000 fr. — Me voilà donc en perte de 20 000 fr., si je ne puis pas exercer l'hypothèque qui appartient à Primus sur un autre immeuble!

Donc, même pour cette cause spéciale de dépossession, qui peut provenir des créanciers non payés, il importe à l'acquéreur d'obtenir la subrogation à toutes les hypothèques des créanciers payés.

D'autre part, cette cause spéciale d'éviction, bien qu'elle soit celle que les législateurs anciens ont eue principalement en vue, dans l'établissement de la subrogation au profit de l'acquéreur, n'est pas finalement la seule, qui puisse donner, à son profit, ouverture aux effets de la subrogation que la loi lui accorde.

Nous avons, au contraire, reconnu que la subrogation doit produire, au profit de l'acquéreur, tous ses effets, quelle que soit la cause par suite de laquelle il se trouve évincé ou dépossédé, revendication, résolution ou nullité (*supra* n° 449).

Donc, à ce nouveau point de vue encore, il importe à l'acquéreur d'être subrogé à tous les droits des créanciers par lui payés (comp. Cass., 15 janvier 1833, Dev., 1833, I, 81; Paris, 20 déc. 1834, et 19 déc. 1835, Dev., 1836, II, 159; Cass., 21 déc. 1836, Lecocq, Dev., 1837, I, 54; Cass., 15 avril 1844, Coquard, Dev., 1844, I, 849; Alger, 18 janv. 1868, Bourgeois, Dev., 1868, II, 319; Delvincourt, t. II, p. 562; Grenier, *Des hypoth.*, t. II, n° 496; Troplong, *Des hypoth.*, t. I, n° 359; Mourlon, p. 388; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 186; Massé et Vergé, t. III, p. 435; Gauthier, n° 270; Larombière, t. III, art. 1251, n° 25).

547. — Telle est aussi la doctrine de M. Colmet de Santerre (t. V, n° 195 *bis*, III).

Notre savant collègue, toutefois, semble y ajouter une restriction :

« .... L'acheteur, dit-il, sera subrogé non-seulement sur l'immeuble qu'il a acheté, mais encore sur tout autre bien hypothéqué à la même dette, *qui serait encore entre les mains du débiteur.* »

Mais, si cet autre bien hypothéqué à la même dette, n'était plus entre les mains du débiteur, l'acheteur ne serait donc pas subrogé à l'hypothèque, qui le grève ?

Nous ne saurions, pour notre part, adhérer à cette restriction, plus qu'à celle que nous venons de combattre.

A notre avis, l'acquéreur est subrogé aux hypothèques qui appartenaient au créancier payé par lui, sur d'autres immeubles que celui qu'il a acquis, soit que ces immeubles se trouvent encore dans les mains du débiteur, soit que, ayant été aliénés, ils se trouvent dans les mains d'un tiers-détenteur (comp. les citations *supra* n° 546).

548. — La doctrine, que nous venons de présenter, peut avoir des conséquences graves, et qui sont de nature à soulever encore d'autres objections, que celles auxquelles nous avons entrepris déjà de répondre.

Il est donc nécessaire de les aborder ; et nous en fournirons deux exemples :

L'un, dans l'hypothèse où l'acquéreur paye son prix aux créanciers hypothécaires, auxquels l'immeuble est affecté, sans avoir rien payé au vendeur ;

L'autre, dans l'hypothèse où l'acquéreur, après avoir payé son prix au vendeur, le paye une seconde fois aux créanciers hypothécaires.

549. — *a.* J'ai deux immeubles, A et B, grevés d'une hypothèque générale pour une créance de 100 000 fr., au profit de Primus.

Chacun de ces immeubles vaut 100 000 fr.

Les fonds me manquant pour payer mon créancier, je

vends à Secundus l'immeuble A, pour le prix de 100 000 fr.

En cet état, Secundus, l'acquéreur, paye son prix à Primus, le créancier hypothécaire.

Peut-être même ce payement est-il fait en conformité d'une délégation insérée dans notre contrat.

Voilà donc Secundus, l'acquéreur, subrogé aux droits de Primus, le créancier hypothécaire.

A quels droits?

A tous ses droits, avons-nous dit, non-seulement donc à son hypothèque sur l'immeuble A, que Primus vient d'acquérir, mais encore à son hypothèque sur l'immeuble B.

En conséquence, Secundus se met en devoir de conserver, par un renouvellement d'inscription, cette hypothèque sur l'immeuble B comme sur l'immeuble A (art. 2154; comp. *infra* n° 556.)

Mais alors, précisément, une nouvelle difficulté s'élève!

Et moi, vendeur, je viens, au contraire, demander à l'acquéreur la main-levée de l'inscription, qu'il continue de faire peser sur l'immeuble B.

Je prétends que ma demande est fondée :

1° Sur le motif essentiel, qui a fait créer la subrogation au profit de l'acquéreur;

2° Sur le caractère même de la subrogation, et sur la bonne foi avec laquelle les conventions doivent être exécutées;

3° Bien plus encore, sur la nécessité même :

1° Le motif essentiel, qui a fait créer la subrogation légale au profit de l'acquéreur, c'est qu'on a voulu, en le substituant au lieu et place des premiers créanciers par lui payés avec son prix, le garantir de la perte que pourraient lui causer les créanciers non payés (*supra* n° 544);

Or, nous supposons qu'il n'y avait, sur l'immeuble A, que j'ai vendu à Secundus, ni premier ni dernier; il n'y

avait qu'un seul créancier hypothécaire, Primus, qui a été intégralement payé par Secundus, avec son prix;

Donc, Secundus n'a désormais rien à craindre d'aucun créancier hypothécaire.

2° Secundus, en effet, n'a pas payé la dette d'un autre; il n'a pas fait une avance, qui ait pu créer un recours à son profit.

Il a payé sa propre dette;

Il a cessé d'être débiteur; il n'est pas devenu créancier!

Or, il ne peut pas exister de subrogation sans créance; pas plus que d'accessoire sans principal.

Et c'est ici qu'apparaît, dans toute sa force, l'argument, que le vendeur peut déduire de la bonne foi, qui doit présider à l'exécution des conventions.

J'ai vendu, dira-t-il, l'un de mes immeubles, précisément afin de libérer l'autre.

Ma fortune immobilière, qui était de 200 000 fr., se trouvait grevée tout entière hypothécairement par une créance qui n'était que de 100 000 fr.

Eh bien! j'ai sacrifié l'un tout à fait, pour affranchir tout à fait l'autre.

Or, quel va être, au contraire, le résultat de mon opération, si l'acquéreur a le droit de conserver son inscription même sur l'immeuble, que j'ai voulu libérer et qui me reste?

C'est qu'il me restera grevé *après* comme *avant*, et que je n'en demeurerai pas moins toujours tenu *réellement*, quoique n'étant pas tenu *personnellement*!

Cela ne peut pas être.

Il ne se peut pas que la subrogation, cette institution bienfaisante, qui ne doit causer préjudice à personne, me cause, à moi, vendeur, un tel préjudice!

Je dois donc être, après le payement fait par l'acquéreur aux créanciers hypothécaires, au même état que si j'avais fait, moi-même, ce payement;

Or, si je leur avais fait ce payement, mon immeuble B serait libéré !

3° La nécessité même exige qu'il en soit ainsi.

Dites, en effet, ce qu'il faut que je fasse, pour obtenir la mainlevée de cette inscription hypothécaire, que vous prétendez conserver sur mon immeuble ?

Quel moyen ai-je de la faire disparaître ?

Je n'en ai aucun, puisqu'il n'existe désormais aucune dette !

Et, par conséquent, il faudra, si vous avez le droit de la maintenir, que je la subisse indéfiniment, sans raison aucune !

Une telle prétention serait inadmissible (comp. Bourges, 10 juill. 1829, Bonneau, Dev., 1829, II, 272; Paris, 10 juin 1833, Badère, Dev., 1833, II, 184).

550. — Cette argumentation est certainement très-vive.

Est-ce à dire qu'il faille abandonner notre doctrine, et confesser que la subrogation de l'acquéreur est limitée aux hypothèques, qui grèvent l'immeuble acquis par lui ?

Non pas ! et nous persistons à penser qu'elle s'étend également aux hypothèques, qui grèvent d'autres immeubles.

Mais nous ajoutons pourtant qu'il faut faire une part aux objections qui précèdent, et qu'elles peuvent, en effet, s'élever à une telle force, qu'elles deviennent irrésistibles !

Le vendeur a raison de prétendre qu'il ne peut pas y avoir de subrogation, sans une action en recours.

Où son tort commence, c'est lorsqu'il prétend que la subrogation de l'article 1251-2° n'a pour but que de protéger l'acquéreur, en le substituant aux créanciers payés, contre les poursuites des créanciers non payés.

Cette subrogation a encore un autre but, et d'une grande importance; c'est d'assurer à l'acquéreur le recouvrement de son prix, pour le cas où il subirait une

dépossession, par quelque cause que ce soit, revendication, résolution ou nullité (*supra*, nos 500 501).

Et maintenant, de deux choses l'une :

Ou l'acquéreur a juste sujet de craindre d'être troublé ;

Ou il n'a aucun sujet de crainte semblable.

Dans le premier cas, il sera fondé à maintenir son hypothèque sur l'immeuble B ; car il a une créance pour le cas où il serait évincé ; créance éventuelle sans doute comme toute créance en garantie ; mais qui n'en peut pas moins être accompagnée d'une hypothèque, et qui justifie son refus d'une mainlevée de l'inscription, qui grève l'immeuble B.

Dans le second cas, au contraire, les juges pourront décider qu'il n'y est pas fondé ; si, en effet, ils reconnaissent qu'il n'existe raisonnablement aucune crainte d'éviction, ni par conséquent aucune créance, même seulement conditionnelle.

Autrement, les immeubles, qui seraient restés dans les mains du vendeur, comme aussi les autres immeubles, qu'il aurait aliénés et qui seraient dans les mains des tiers détenteurs, se trouveraient grevés de cette hypothèque pendant une durée de temps illimitée dans l'avenir, puisque la prescription de l'action en garantie ne court point, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu ! (art. 2257).

La distinction, que nous venons de proposer, est donc conforme à la raison et à la bonne foi.

Nous ajoutons qu'elle trouve aussi l'appui juridique le plus solide dans l'article 1653, qui est ainsi conçu :

« Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le payement du prix, jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera. »

Ce texte complète notre démonstration.

Nous concluons donc qu'il faut appliquer à la question de savoir si l'acheteur peut être tenu de consentir la mainlevée des hypothèques, qui grèvent d'autres immeubles que l'immeuble, qu'il a acquis, la même solution que cet article applique à la question de savoir si l'acheteur peut être tenu de payer son prix au vendeur.

551. — *b.* Supposons maintenant, en conservant le même fait, que j'ai d'abord payé purement et simplement mon prix, 100 000 francs, au vendeur (*supra*, n° 548).

C'est, après cela, que je paye à Primus la créance de 100 000 francs, pour laquelle il a une hypothèque générale, de premier rang, sur l'immeuble A, que j'ai acquis, et sur l'immeuble B, que mon vendeur a conservé ou qu'il a vendu à un autre.

Serais-je, même dans ce cas, subrogé à l'hypothèque de Primus, non-seulement sur mon immeuble A, mais encore sur l'immeuble B; de manière à pouvoir, de suite, exercer, pour le recouvrement de mes deniers, l'action hypothécaire sur cet immeuble?

On a entrepris de soutenir la négative; et les arguments, qui y ont été employés, peuvent, en effet, paraître sérieux :

1° La subrogation, qui est accordée à l'acquéreur par l'article 1251-2°, n'a, dit-on, qu'un caractère préventif; c'est seulement un moyen de défense, qui lui est offert, pour le cas où il serait attaqué.... *justa defensione te tueri potes* (L. 3, Cod. *Qui pot. in pign.*); et voilà comment on peut dire qu'elle est seulement conditionnelle (*supra*, n° 504).

Or, l'acquéreur, dans notre espèce, n'est pas attaqué; il n'éprouve, nous le supposons, aucune éviction ni aucun trouble;

Donc, il ne peut pas exercer la prétendue subrogation qu'il invoque.

Car, c'est lui qui fait, pour ainsi dire, une sortie et qui prend l'offensive !

En quoi, il exagère et il dénature cette espèce de subrogation.

2° On ajoute que Secundus, le créancier hypothécaire spécial du second rang, sur l'immeuble B, ni le tiers-détenteur, si cet immeuble a été aliéné, ne peuvent pas être victimes de l'imprudence, que l'acheteur a commise en payant son prix au vendeur.

C'est donc sur lui, l'acheteur, et non pas sur eux, que doivent en retomber les suites.

3° A l'égard du créancier hypothécaire du second rang, sur l'immeuble B, ou du tiers-détenteur, le payement pur et simple que l'acquéreur a fait de son prix au vendeur, est *res inter alios acta;* il est à considérer comme non avenu, et ne peut pas leur être opposé.

D'où il suit qu'ils doivent être de même condition que si l'acquéreur avait, en effet, employé le *prix de son acquisition* au payement de la créance hypothécaire de Primus; car telle est la condition, que le texte de la loi met à la subrogation;

Or, si l'acquéreur avait employé le prix de son acquisition au payement de la créance hypothécaire de Primus, il n'aurait pas pu exercer la subrogation qu'il veut exercer maintenant sur l'immeuble B; il ne l'aurait pu, que dans le cas où il aurait éprouvé une éviction ou un trouble;

Donc, il ne doit pas pouvoir l'exercer davantage, après avoir d'abord payé son prix au vendeur, puisque ce payement, qui est une imprudence à lui seul imputable, ne compte pas à l'égard du créancier hypothécaire de second rang sur l'immeuble B ni du tiers-détenteur.

4° Enfin, on peut craindre que le système contraire donne lieu à des fraudes, au préjudice des créanciers du vendeur.

Voilà un homme, dont le crédit hypothécaire est épuisé; ses deux immeubles, d'une valeur ensemble de 200 000 francs, sont grevés d'un passif de 300 000 fr.

D'emprunt, il n'en peut plus faire!

Que fera-t-il?

Il s'entendra avec un acquéreur, auquel il vendra l'un de ses immeubles 100 000 francs.

L'acquéreur, complaisant ou complice, lui payera ce prix comptant.

Mais, tout aussitôt, il payera, de ses deniers, le créancier à hypothèque générale du premier rang, sur les deux immeubles; et il recouvrera ses 100 000 francs au moyen de la subrogation.

Le résultat de cette manœuvre sera que notre vendeur se sera procuré une somme de 100 000 francs au détriment de son créancier à hypothèque spéciale! (comp. Bourges, 10 juill. 1829, Bonneau, D., 1829, II, 272; Paris, 10 juin 1833, Badère, D., 1833, II, 184; Caen, 9 août 1832, Lecocq, Dev., 1837, I, 56).

Une note de l'arrêtiste, dans le Recueil de M. Dalloz, ajoute que la doctrine qui a été consacrée par ces arrêts, lui paraît conforme à la lettre et à l'esprit de la loi (D., 1833, II, 184).

552. — Tel n'est pas notre sentiment.

Nous croyons, au contraire, que cette doctrine, qui n'a pas prévalu, ne devait pas, en effet, prévaloir.

Notre démonstration? elle est déjà faite.

Nous avons démontré (nous l'espérons du moins ainsi), que l'acquéreur, qui paye les créanciers auxquels l'immeuble acquis par lui est hypothéqué, après avoir d'abord payé son prix au vendeur, n'en est pas moins subrogé de plein droit aux créanciers, qu'il a payés (*supra*, n° 524).

Or, il n'y a pas deux sortes de subrogation, dont l'une serait moins complète que l'autre; il n'y a, à son profit, qu'une seule subrogation, qui produit toujours les mêmes effets.

Donc, l'acquéreur, qui paye aux créanciers hypothécaires au delà de son prix, ou son prix en totalité une seconde fois, est subrogé à tous les droits de ces créanciers, aussi bien que l'acquéreur qui ne les paye qu'avec son prix.

C'est donc la subrogation elle-même, qu'il faudrait nier dans ce cas !

Si on la reconnaît, ses effets sont irrésistibles dans leur plénitude.

Or, il nous semble impossible de ne point la reconnaître.

2° On objecte que cette subrogation se trouve ainsi dénaturée.

Elle ne devait être qu'une arme défensive.

La voilà, dans les mains de l'acquéreur, une arme offensive !

La réponse est facile :

Si l'acquéreur, qui a payé, avec son prix seulement, les créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué, ne peut pas exercer, de suite, la subrogation, c'est qu'il n'a pas d'intérêt; il a payé le prix, qu'il devait; et tant qu'il ne sera pas évincé, il n'aura pas de créance ni par conséquent d'action.

Tout au contraire! lorsque l'acquéreur a payé aux créanciers hypothécaires, au delà de son prix, ou, mieux encore, la totalité de son prix une seconde fois, il a, dès maintenant, une créance et une action en recours ; car il n'a pas payé sa dette, il a payé la dette d'un autre ;

Donc, l'obstacle, c'est-à-dire le défaut d'intérêt, qui s'opposait, dans le premier cas, à l'action hypothécaire de l'acquéreur, n'existe pas dans le second cas.

3° On se récrie encore.

Si cet obstacle n'existe pas, c'est par l'imprudence de l'acquéreur lui-même !

Pourquoi a-t-il payé son prix au vendeur! c'est à lui de supporter les conséquences de sa faute!

Mais cette objection ne saurait non plus, à notre avis, l'emporter.

Si, en effet, vous refusez la subrogation du numéro 2 de l'article 1251 à l'acquéreur qui, après avoir payé son prix au vendeur, l'a payé une seconde fois aux créanciers hypothécaires, voici ce que nous demandons :

Lui refuserez-vous la subrogation du numéro 3 de cet article ?

Cela serait bien impossible !

Car l'acquéreur est, tout au moins, un tiers détenteur, qui, étant tenu pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.

Le beau succès, que vous aurez obtenu, de le débusquer du numéro 2, s'il devient inexpugnable dans le numéro 3 !

Ce ne serait même pas encore son seul refuge.

Le numéro 1 de l'article 1251 lui fournirait aussi une subrogation légale ; ne serait-il pas, en effet, un créancier, qui paye un autre créancier, qui lui est préférable ?

Un créancier chirographaire !

Qu'importe ?

Puisque le créancier chirographaire, aussi bien que le créancier hypothécaire ou privilégié, est compris dans le numéro 1 de l'article 1251 (comp. *supra*, n° 458).

C'est précisément l'argument, que M. Nicod présentait à Toullier, qui, ne trouvant rien à y répondre, rétractait sa première doctrine (*supra*, n° 546).

4° Est-il donc, après tout, si défavorable cet acquéreur, que l'on accuse d'imprudence ?

Et parce qu'il a payé *double*, mérite-t-il moins d'être secouru ?

Comment ! vous ne pourriez pas refuser la subrogation au légataire ou au donataire d'un immeuble, qui aurait payé de ses deniers le créancier à hypothèque générale (art. 874, 1251-3°).

Vous ne pourriez pas, disons-nous, lui refuser la sub-

rogation, non-seulement à l'hypothèque, qui affecte l'immeuble légué ou donné, mais encore à l'hypothèque qui affecterait d'autres immeubles.

Et, en se portant sur ces immeubles, le donataire pourrait ruiner les hypothèques des créanciers, auxquels ils sont affectés; les ruiner même radicalement, s'il avait eu le soin de faire radier d'abord celle qui affecte l'immeuble, qui lui a été donné.

Et pourtant les créanciers, *certant de damno vitando;*

Tandis que le donataire *certat de lucro captando.*

Or, s'il en est ainsi d'un acquéreur à titre gratuit, comment pourrait-il en être autrement d'un acquéreur à titre onéreux!

Finalement, d'ailleurs, ces résultats n'ont rien d'excessif; ils dérivent du principe fondamental de notre matière : que le subrogé a les mêmes droits qu'avait le subrogeant.

Ce n'est pas la faute de la subrogation.

Si ce n'était pas le subrogé, ce serait le subrogeant!

5° Quant aux fraudes, que cette solution peut faire craindre, elles ne sont pas spéciales à notre hypothèse.

Les fraudes, il est vrai, peuvent être à craindre, en matière de subrogation; et ce danger est, en effet, l'un de ceux que les adversaires de cette institution opposaient avec le plus d'insistance, dans l'origine, à son établissement (comp. Renusson, chap. I, n° 3).

Mais la subrogation n'en a pas moins été admise, et avec grande raison!

Si des fraudes se produisent, tous les moyens de preuve sont ouverts pour les démasquer (comp. Paris, 20 déc. 1834, le duc de Brancas, D., 1835, II, 144; Cass., 21 déc. 1836, Lecocq, Dev., 1837, I, 54; Cass., 15 avril 1844, Coquard, Dev., 1844, I, 849; Alger, 18 janv. 1868, Bourgeois, Dev., 1868, II, 319; Mourlon, p. 588; achariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 183; Massé et VergéZ,

t. III, p. 435 ; Larombière, t. III, art. 1251, n° 25 ; Gauthier, n° 270).

553. — Jusqu'à présent, dans les hypothèses, qui précèdent, nous avons vu la subrogation de l'acquéreur s'étendre aux hypothèques, que le créancier, qu'il a payé, pouvait avoir non-seulement sur l'immeuble par lui acquis, mais encore sur d'autres immeubles.

Est-ce à dire pourtant qu'il doive en être toujours ainsi, et que cette application de notre principe ne doive jamais être écartée ?

Supposons une autre hypothèse.

Soient encore deux immeubles, A et B, chacun d'une valeur de 100 000 francs.

Ils sont, tous les deux, grevés d'une hypothèque générale du premier rang, pour une créance de 100 000 francs, au profit de Primus.

Puis, l'immeuble A est grevé, pour une créance de 100 000 francs, au profit de Secundus, d'une hypothèque spéciale du second rang ;

Et l'immeuble B est grevé d'une hypothèque spéciale, aussi du second rang, pour une créance de 100 000 francs, au profit de Tertius.

J'achète l'immeuble A 100 000 francs.

Et je paye mon prix au vendeur.

C'est le même fait, que nous avons déjà supposé.

Mais voici la différence.

L'immeuble, que j'ai acheté 100 000 francs, se trouvant sous le poids d'une charge hypothécaire de 200 000 francs, je prends le parti d'avoir recours à la purge.

Je remplis, en conséquence, les formalités nécessaires à cet effet.

Et, le délai étant expiré sans qu'une surenchère ait été portée, la valeur de l'immeuble se trouve définitivement fixée à la somme de 100 000 francs, que j'ai déclaré être prêt à acquitter sur-le-champ (art. 2184, 2186).

Un ordre s'ouvre, d'où il résulte :

Que Primus, l'hypothécaire général, est colloqué au premier rang, pour sa créance de 100 000 francs ;

Et Secundus, l'hypothécaire spécial du second rang, pour une créance de 100 000 francs, ne vient pas en ordre utile.

Le juge-commissaire, en conséquence, ordonne la délivrance d'un bordereau de collocation de 100 000 francs à Primus, qui, en donnant quittance du montant de sa collocation, consent la radiation de son inscription (art. 751 et 771 Cod. de Procéd.).

Et il ordonne la radiation de l'inscription de Secundus, non admis en ordre utile (art. 751 précité).

Mon immeuble A est donc purgé.

Mais j'ai fait une avance de 100 000 francs, dont je veux obtenir le recouvrement.

Et, à cet effet, j'exerce l'action hypothécaire de Primus sur l'immeuble B, prétendant que, par le payement, que je lui ai fait de sa créance de 100 000 francs, j'ai acquis la subrogation de plein droit, et, que je puis, en vertu de cette subrogation à l'hypothèque générale de Primus, primer, sur l'immeuble B, l'hypothèque spéciale de Tertius.

Cette prétention est-elle fondée ?

Pourquoi, dira-t-on, ne le serait-elle pas ?

1° Aux termes de l'article 1251-2°, l'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels l'héritage était hypothéqué, leur est subrogé de plein droit ; et il est maintenant démontré que cette subrogation appartient à l'acquéreur, qui paye une seconde fois son prix aussi bien qu'à l'acquéreur. qui ne le paye qu'une fois (*supra*, n° 524);

Or, je suis bien dans les termes de cet article, puisque, ayant acquis l'immeuble A, j'ai payé, avec mes deniers, la créance hypothécaire de 100 000 francs à laquelle il était affecté au profit de Primus ;

Donc, je suis subrogé, de plein droit, à son hypothèque générale, non-seulement sur l'immeuble A, que j'ai acquis, mais encore sur l'immeuble B.

2° Tertius, l'hypothécaire spécial du second rang, sur l'immeuble B, objectera-t-il que j'ai purgé l'immeuble A, et que, par ce procédé, j'ai éteint complétement l'hypothèque générale de Primus, qui a été satisfaite?

Mais que lui importe la purge, que j'ai faite sur l'immeuble A, que j'ai acquis?

Cette purge est, à son égard, *res inter alios acta.*

A-t-il un droit sur l'immeuble A?

Non! aucun.

Eh bien! donc, il n'a rien à voir dans ce qui s'est passé relativement à cet immeuble.

Son seul droit, c'est une hypothèque spéciale du second rang sur l'immeuble B, primée par l'hypothèque générale de Primus;

Or, je suis subrogé à l'hypothèque générale de Primus;

Donc, j'ai le même droit, que Primus avait, d'être colloqué, avant lui, sur le prix de cet immeuble.

3° C'est, en effet, dans des conditions semblables, que l'acquéreur a réussi devant la Cour de Lyon le 1er décembre 1842.

Un acquéreur, après avoir payé son prix au vendeur, est poursuivi par un créancier, qui avait été subrogé à l'hypothèque légale de la femme de son vendeur, avec droit de priorité sur elle.

Il purge et paye ce créancier.

Puis, en vertu de la subrogation, que ce payement, dit-il, a fait naître à son profit, il prétend avoir sur d'autres immeubles, le droit d'être colloqué par préférence à la femme.

La Cour de Lyon décida que cette préférence lui appartenait.

Et le pourvoi, formé contre son arrêt, a été rejeté par

la Cour de cassation (15 avril 1844, Coquard, Dev., 1844, I, 849).

554. — Mais cette doctrine ne nous paraît pas juridique.

Et, pour cette fois, nous ne croyons pas que l'acquéreur soit subrogé aux hypothèques, qui appartenaient, sur d'autres immeubles, au créancier, dont l'hypothèque a été colloquée dans l'ordre sur le prix de l'immeuble par lui acquis.

C'est ce que nous allons entreprendre de démontrer :

1° Et d'abord, nous voulons signaler le résultat de cette doctrine, qu'il suffirait, suivant nous, de mettre en relief pour qu'elle fût repoussée.

Ce qui en résulte finalement, c'est que l'acquéreur, avec son double procédé de la purge et de la subrogation, va ruiner, à la fois, les deux hypothèques spéciales : et celle de Secundus sur l'immeuble A, et celle de Tertius sur l'immeuble B.

Il ruinera l'une par la purge;

Il ruinera l'autre par la subrogation.

Une seule hypothèque sur les trois, sera colloquée : l'hypothèque générale de Primus.

Et nous allons assister à cette conséquence, aussi étrange qu'intolérable, que ces deux immeubles, qui valent ensemble 200 000 francs, et qui sont grevés d'un passif hypothécaire de 300 000 francs, ne fourniront aux créanciers qu'un payement de 100 000 francs !

Et néanmoins, après cela, ils seront, l'un et l'autre, complétement affranchis, bien que la moitié de ce gage hypothécaire soit là, encore intact.

Eh bien ! nous maintenons qu'une telle conséquence est, en effet, intolérable !

2° Le subrogé ne peut pas avoir plus de droits que le subrogeant ; c'est là une des clefs, pourrions-nous dire, de notre sujet; il peut quelquefois en avoir moins ; jamais plus !

Or, le subrogeant, Primus, le créancier à hypothèque générale, n'aurait certainement pas pu ruiner, en même temps, les deux hypothèques spéciales.

De quelque manière qu'il eût exercé son droit hypothécaire, l'une des deux aurait toujours été sauvée.

Son droit, sans doute, était, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, de faire porter à son choix le poids entier de sa créance, soit sur l'immeuble A, soit sur l'immeuble B.

Oui ! sur l'un *ou* sur l'autre ;

Mais apparemment pas sur l'un *et* sur l'autre !

De sorte que s'il s'était porté sur l'immeuble B, l'hypothèque spéciale de Secundus sur l'immeuble A était sauvée;

De même que l'hypothèque spéciale de Tertius sur l'immeuble B était sauvée, s'il s'était porté sur l'immeuble A.

Or, quelle est, au contraire, la prétention de l'acquéreur?

C'est de faire périr les deux hypothèques spéciales, sans que ni l'une ni l'autre soit satisfaite !

Donc, sa prétention doit échouer devant ce principe essentiel de notre matière, dont tous les articles ne sont que la consécration, à savoir : que le subrogé ne peut pas avoir un droit que le subrogeant n'avait pas.

3° Cet argument d'ailleurs n'est pas le seul.

En voici un autre encore, qui se rattache lui-même à celui que nous venons de produire, et d'où va résulter la preuve que cette prétention de l'acquéreur est inadmissible.

Il ne se peut pas qu'une même créance soit colloquée deux fois ; et dans notre espèce, il ne se peut pas que la créance de Primus, l'hypothécaire général, soit colloquée d'abord sur l'immeuble A, et ensuite sur l'immeuble B !

Certainement non ! (art. 1234, 2180).

Or, voilà pourtant ce qui arriverait, si la prétention de l'acquéreur pouvait réussir.

Il arriverait que la créance de Primus, l'hypothécaire général, après avoir été payée sur le prix de l'immeuble A, serait, une seconde fois encore, payée sur le prix de l'immeuble B!

Nous disons que la créance de Primus, l'hypothécaire général, a d'abord été payée sur le prix de l'immeuble A.

Et cela est de toute évidence!

Pourquoi, en effet, la créance de Secundus, l'hypothécaire spécial du second rang, sur l'immeuble A, n'est-elle pas venue en ordre utile, et a-t-elle dû être radiée?

C'est parce que la créance de l'hypothécaire général, Primus, qui venait, au premier rang, a été payée.

Elle a été payée sur le prix de l'immeuble A.

Et c'est cette même créance, que l'acquéreur veut encore faire payer sur le prix de l'immeuble B!

Voilà ce qui explique cette conséquence, que nous avons d'abord signalée, et qui, à première vue, pouvait paraître inexplicable; à savoir : que ces deux immeubles, valant ensemble 200 000 francs, ne suffisent à éteindre que la seule créance à hypothèque générale de 100 000 francs.

C'est que cette créance est payée deux fois, et qu'elle absorbe ainsi, à elle seule, les 200 000 fr., valeur totale des deux immeubles!

4° On objecte à Tertius, l'hypothécaire spécial sur l'immeuble B, qu'il ne peut pas se prévaloir de la purge, par laquelle l'immeuble A a été affranchi de l'hypothèque générale de Primus, et de l'hypothèque spéciale de Secundus.

Cette purge, dit-on, ne le regarde pas; elle est, pour lui, *res inter alios acta*.

Mais si, vraiment, elle le regarde!

Et nous venons de dire pourquoi.

C'est que tout créancier hypothécaire sur un immeu-

ble a le droit de contredire l'état de collocation dans l'ordre (art. 755, Cod. de Procéd.)

Or de tous les contredits, peut-il y en avoir de meilleur que celui qui consiste à prouver que le prétendu créancier, qui est colloqué avant moi, a été déjà colloqué et payé dans un autre ordre, et que son hypothèque est éteinte!

5° Telle est, en effet, la conséquence de l'ordre, qui a suivi la purge faite par l'acquéreur, des hypothèques qui grévaient l'immeuble A, par lui acquis.

C'est que ces hypothèques sont éteintes :

L'une, celle de Primus, parce que sa créance a été colloquée en ordre utile :

L'autre, celle de Secundus, parce qu'elle n'a pas été colloquée en ordre utile; et elle n'a pas été colloquée en ordre utile, précisément parce que celle de Primus a absorbé la totalité du prix!

Aux termes de l'article 771 du Code de Procédure :

« Le créancier colloqué, en donnant quittance du montant de sa collocation, consent la radiation de son inscription. Au fur et à mesure du payement des collocations, le conservateur des hypothèques, sur la représentation du bordereau et de la quittance du créancier, décharge d'office l'inscription jusqu'à concurrence de la somme acquittée.

« L'inscription d'office est rayée définitivement, sur la justification faite par l'adjudicataire du payement de la totalité de son prix, soit aux créanciers colloqués, soit à la partie saisie. » (Comp. art. 751, 759, 769, Cod. de Procéd.).

Voilà l'effet de l'ordre!

C'est le *débiteur réel*, s'acquittant lui-même;

C'est l'immeuble, payant, avec sa propre valeur, les créances colloquées; les payant, disons-nous, comme *débiteur réel*, devant le tribunal du domicile de sa situation.

Quoi d'étonnant, après cela, que ces mêmes créances ne puissent pas être *reproduites* dans un autre ordre, puisqu'elles n'existent plus !

Telle est donc notre conclusion, que l'acquéreur doit choisir entre la purge et la subrogation, et qu'il ne peut pas, en cumulant l'une et l'autre, arriver à un résultat, dont nous avons entrepris de démontrer l'impossibilité juridique.

Nous avons dit, toutefois, que l'acquéreur a réussi devant la cour de Lyon, et que le pourvoi formé contre l'arrêt, a été rejeté par la Cour de cassation (*supra*, n° 553).

Nous pourrions dire que l'acquéreur a échoué, au contraire, devant la cour de Paris (arrêt du 10 juin 1833, Badère, D., 1833, II, 184).

Mais ces décisions n'apportent pas peut-être un grand poids, dans la balance, ni d'un côté, ni de l'autre.

Car la thèse juridique, telle que nous venons de la poser, ne paraît pas y avoir été abordée.

Toute la discussion, dans les deux affaires, semble avoir été engagée seulement sur la question de savoir si, en principe général, la subrogation, que l'article 1251-1° accorde de plein droit à l'acquéreur, comprend les hypothèques que le créancier pouvait avoir sur d'autres immeubles que l'immeuble par lui acquis.

555. — Au reste, il y a un moyen, pour les créanciers à hypothèque spéciale, de déjouer cette combinaison de l'acquéreur, à supposer qu'elle pût réussir contre eux.

C'est de payer le créancier à hypothèque générale, s'ils le peuvent !

L'hypothécaire spécial, qui le payera, sera subrogé à ses droits (art. 1251-1°).

Et l'acquéreur alors ne pourrait plus, même par le cumul des deux procédés de la purge et de la subrogation, ruiner les hypothèques spéciales, qui grèvent, en second rang, les deux immeubles.

556. — Il est bien entendu que l'acquéreur doit veiller au renouvellement décennal des inscriptions des hypothèques, auxquelles il est subrogé (art. 2154).

Cette nécessité existe évidemment pour tous les subrogés.

Si nous la rappelons ici, c'est pour remarquer qu'elle s'applique à l'acquéreur, même en ce qui concerne les hypothèques, qui grèvent l'immeuble acquis par lui.

Puisqu'il conserve ces hypothèques sur cet immeuble' il faut bien qu'il remplisse les conditions sous lesquelles seulement elles peuvent être conservées, suivant le Droit commun.

Ce n'est, en effet, qu'autant qu'il est en droit d'exercer utilement l'action hypothécaire, que la subrogation peut se réaliser à son profit (comp. Rouen, 30 mai 1825, Sirey, 1826, II, 221; Metz, 6 juin 1866, Moureaux, Dev., 1866, II, 366).

557. — A plus forte raison, ne pourrait-il plus se prévaloir de l'hypothèque que la subrogation lui avait transmise, s'il y avait renoncé et s'il en avait consenti la radiation ! (comp. Cass., 1er juill. 1857, Delsaux, Dev., 1858, I, 206).

558. — Nous avons particulièrement étudié la subrogation de l'acquéreur, dans son application aux hypothèques, qu'elle transmet.

Mais ce n'est là qu'un exemple.

La subrogation produit à son profit, les effets qu'elle produit, en général, au profit de tous les subrogés.

C'est ainsi que l'adjudicataire sur surenchère, qui a payé son prix au vendeur, est subrogé à tous les droits de celui-ci contre l'adjudicataire primitif, dont l'adjudication se trouve maintenue par suite de l'annulation de la surenchère, et qu'il peut, en conséquence, poursuivre contre lui la folle enchère, à défaut de payement du prix et d'exécution des charges de l'adjudication (comp. Cass., 13 mars 1850, Mounier, Dev., 1850, I, 465).

III.

DE CELUI QUI, ÉTANT TENU AVEC D'AUTRES OU POUR D'AUTRES, AU PAYEMENT DE LA DETTE, AVAIT INTÉRÊT DE L'ACQUITTER.

SOMMAIRE.

559. — Exposition.
560. — Division.
561. — I. Cette subrogation de plein droit est accordée à celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. — Explication.
562. — Suite.
563. — Suite.
564. — Suite.
565. — Faut-il comprendre au nombre de ceux qui sont tenus pour d'autres, les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués, c'est-à-dire ceux qui ont acquis des immeubles affectés, par hypothèque, à des dettes dont ils ne sont pas personnellement tenus?
566. — *a*. De ceux qui sont tenus réellement au payement de la dette.
567. — Suite.
568. — De celui qui a acquis la nue propriété ou l'usufruit.
569. — De celui qui a acquis un droit d'emphytéose.
570. — De celui qui a acquis un droit d'usage ou d'habitation.
571. — De celui qui a acquis un droit de servitude réelle.
572. — Du fermier ou du locataire.
573. — De l'antichrésiste.
574. — Du tiers acquéreur, qui est soumis à l'action révocatoire, que l'article 1167 accorde aux créanciers.
575. — Du tiers acquéreur qui, pour conjurer l'effet d'une action résolutoire, paye le créancier qui va l'exercer contre lui.
576. — Du propriétaire qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'un autre, sans s'obliger personnellement.
577. — De celui qui a donné son meuble en gage pour le débiteur.
578. — De celui qui a acheté d'un locataire un meuble déplacé, par celui-ci, sans le consentement du propriétaire. — Explication. — Autres exemples.
579. — *b*. De ceux qui sont tenus personnellement au payement de la dette. — Règle.
580. — Des débiteurs simplement conjoints d'une obligation divisible.
581. — Du cas où l'un des héritiers ou autres successeurs universels a payé une dette chirographaire au delà de la part dont il est tenu.
582. — Suite.
583. — Du cas où un tiers s'oblige, envers le débiteur seul, à payer son créancier, sans prendre aucune obligation envers celui-ci.
584. — Du cas où un sous-entrepreneur a payé les ouvriers employés par lui.
585. — Du mandataire qui paye de ses deniers les dettes de celui dont il administre les biens.
586. — Suite.

559. — La subrogation du numéro 3 de l'article 1251, que nous abordons, est certainement l'une des plus favorables.

Dans le numéro 1, celui qui paye un créancier qui lui est préférable, paye, il est vrai, la dette d'un autre ; mais il n'en est pas tenu ; c'est volontairement qu'il la paye, parce qu'il estime qu'il est de son intérêt de le faire.

Dans le numéro 2, l'acquéreur qui emploie son prix au payement des créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué, est, il est vrai, tenu de payer ; mais il ne paye pas la dette d'un autre ; c'est sa propre dette, qu'il acquitte.

Voici, au contraire, des personnes qui tout à la fois sont tenues de payer, et qui payent la dette d'un autre !

N'est-il pas très-équitable que la subrogation garantisse le recours qui va naître à leur profit, de ce payement qu'elles sont tenues de faire d'une dette qui n'est pas la leur !

Aussi, avons-nous vu que, placées ainsi en face du créancier, elles pouvaient autrefois lui dire : *ou subrogez-nous, ou déchargez-nous* (*supra* n° 443).

Et, comme le créancier ne pouvait pas leur refuser ce bénéfice, qui leur profitait sans lui nuire, on avait admis que cette seule réquisition suffisait.

Il était bien plus simple encore de ne pas exiger de réquisition.

Et voilà ce qu'a fait le nouveau législateur, en instituant, à leur profit, la subrogation de plein droit.

560. — I. A qui cette subrogation est-elle accordée?

II. A quelles conditions est-elle soumise?

III. Quels en sont les effets?

Tels sont les trois points, que nous allons examiner.

561. — I. L'article 1251-3° accorde cette subrogation à celui qui, étant tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.

Cette formule est, comme on voit, plus générale que celle des numéros 1 et 2 de notre article.

Elle ne désigne pas spécialement une certaine personne.

C'est une règle qu'elle pose, une règle vaste et compréhensive, qui embrasse toutes les situations auxquelles peut s'appliquer la généralité de ses termes.

Aussi, la subrogation, que nous allons étudier, est-elle l'une des plus importantes, et celle qui comprend certainement la classe de débiteurs la plus nombreuse.

Ce serait même, à notre avis, une témérité que d'entreprendre d'en fournir la nomenclature.

L'essentiel est de bien poser la règle;

En la déclarant ouverte à tous ceux qui réunissent les conditions nécessaires pour y entrer.

562. — Quelles sont ces conditions?

Il y en a deux :

1° Il faut être tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette;

2° Il faut avoir intérêt de l'acquitter.

La première condition implique nécessairement la seconde; celui qui est tenu du payement de la dette, a évidemment intérêt de l'acquitter.

Mais la seconde condition n'implique pas la première; on peut avoir intérêt d'acquitter la dette, sans y être tenu (comp. *infra* n° 570).

Il résulte du témoignage de Pothier que, dans notre ancien droit, cette dernière condition était seule exigée, pour que celui qui payait fût fondé à requérir du créancier la cession de ses actions :

« Il suffit, dit-il, que celui qui paye un autre, ait intérêt de payer, pour qu'il puisse, en payant, demander la subrogation. » (*Introduct. au tit xx de la cout. d'Orléans*, n° 79.)

Poullain-Duparc va même jusqu'à dire qu'il est subrogé de plein droit (t. VII, liv. III, ch. xx, n° 92).

Tel ne paraît pas avoir été, toutefois, le sentiment de Renusson, que Pothier, en effet, contredisait sur ce point (*loc. supra cit.*).

Quoi qu'il en soit, il est certain aujourd'hui que les deux conditions sont cumulativement requises.

Et peut-être est-il permis de regretter que le savant annotateur de Toullier, M. Duvergier, semble mettre au premier rang cette circonstance que ceux auxquels l'article 1251-3° accorde la subrogation, ont intérêt d'acquitter la dette (sur Toullier, t. IV, n° 150, note *a*).

565. — Le principal motif, au contraire, qui a fait établir cette subrogation légale, dérive de ce que ceux à qui elle est accordée, peuvent être forcés de payer la dette.

Et c'est de là, par suite, que dérive leur intérêt à la payer.

Ce payement, en effet, met, pour eux, un terme à une situation incertaine et périlleuse.

A quel moment faudrait-il faire cette avance?

A un moment peut-être inopportun, où ils n'auraient pas de fonds disponibles.

Le débiteur contre lequel ils auront à exercer leur recours, sera-t-il toujours solvable?

Si la dette a pour objet un corps certain, ne se peut-il qu'il périsse par sa faute ou depuis sa demeure? (Art. 1205.)

Voilà l'intérêt qu'ils ont *à payer*.

Quant à l'intérêt qu'ils *ont à être subrogés*, il apparaît aussi par ce motif qu'ils sont tenus de payer la dette d'un autre, et qu'ils font une avance, qui ouvre à leur profit une action en recours.

564. — Notre texte établit la subrogation au profit de celui qui est tenu *avec d'autres ou pour d'autres.*

Cette formule peut paraître singulière.

Car, généralement, celui qui est tenu *avec un autre,* est tenu *pour un autre;* comme le codébiteur solidaire, quant à ce qui excède sa part dans la dette;

Et réciproquement, celui qui est tenu *pour un autre,* est tenu *avec un autre;* comme la caution, qui est tenue pour et avec le débiteur principal.

Toullier remarque que « le numéro 3 de l'article 1251 n'exige pas cumulativement, pour accorder la subrogation légale à celui qui paye pour autrui, qu'il fût tenu *avec et pour*, mais seulement qu'il fût tenu *avec d'autres ou pour d'autres.* » (T. IV, n° 145.)

Ne serait-il pas vrai, pourtant, que la particule conjonctive aurait mieux exprimé notre règle que la particule disjonctive?

Notre règle, qu'est-elle en effet?

C'est qu'il faut que celui qui paye, soit tenu *avec un autre* envers le créancier, de payer la dette *pour un autre.*

Quoi qu'il en soit, il convient de s'en tenir au texte de la loi.

La pensée, qui l'a inspiré, s'y révèle assez clairement.

Voici ce que le législateur a voulu dire :

Être tenu *avec un autre,* c'est être tenu de payer une dette qui doit être supportée en partie par celui qui paye, et en partie par un autre; tel le codébiteur solidaire;

Être tenu *pour un autre,* c'est être tenu de payer une dette qui doit être supportée entièrement par un autre; tels la caution, le tiers détenteur.

En un mot, celui-là est subrogé par le numéro 3 de l'article 1251, qui est tenu de payer au créancier une dette qui est, soit pour partie, soit pour le tout, la dette d'un autre, et dont le payement ouvre, en conséquence, à son profit, une action en recours.

Aussi, est-ce surtout de ce fait que l'on est tenu de

payer POUR UN AUTRE, que procède la subrogation légale.

Et voilà comment Renusson intitulait son chapitre neuvième :

« Des cautions, fidéjusseurs et cofidéjusseurs, tuteurs, cotuteurs, obligés solidairement *les uns pour les autres....* »

565. — Faut-il comprendre au nombre de ceux qui sont tenus pour d'autres, d'après l'article 1251-3°, les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués, c'est-à-dire ceux qui ont acquis des immeubles affectés par hypothèque à des dettes dont ils ne sont pas personnellement tenus ?

Au point où nous en sommes, ce n'est plus une question.

Évidemment oui ! il faut les y comprendre, suivant la doctrine généralement admise.

Cette doctrine, toutefois, pouvait soulever deux objections :

1° L'article 1251-3° exige, comme condition de la subrogation, que celui qui paye, *soit tenu au payement de la dette ;*

Or, le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, n'est pas *tenu au payement ;* son obligation toute réelle est seulement de délaisser l'immeuble, s'il ne paye pas ; de sorte que le payement est pour lui *in facultate,* et non pas *in obligatione.*

Donc, il ne rentre pas dans les termes de la loi.

2° Ce qui le prouve, c'est que la loi, en effet, a pris soin d'instituer spécialement la subrogation au profit d'un certain tiers détenteur, c'est-à-dire de l'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels l'héritage est hypothéqué.

Or, cette subrogation spéciale du numéro 2 de l'article 1251 serait inutile, si le numéro 3 de cet article instituait une subrogation générale au profit de tous les tiers détenteurs, sans distinction.

Mais ces objections ne pouvaient pas prévaloir :

1° Nos anciens auteurs français mettaient sur la même ligne *le coobligé, la caution et le tiers détenteur des biens hypothéqués;* et ils reconnaissaient, en effet, à un tiers-détenteur, aussi bien qu'à un coobligé ou à une caution, le droit de requérir la cession d'actions (comp. Pothier, *Introduct. au tit.* XX *de la cout. d'Orléans*, n°s 73 et 75);

Or, notre subrogation légale n'est autre que l'ancienne réquisition d'actions;

Et il n'a certes pas été dans l'intention des rédacteurs du Code de refuser la subrogation légale au tiers détenteur, auquel l'ancien droit accordait le droit de requérir a cession d'actions.

2° C'est que le tiers détenteur est tenu, en un certain sens, au payement de la dette; il en est tenu en ce sens que, s'il ne la paye pas, il faut qu'il délaisse ou qu'il subisse l'expropriation.

En effet, aux termes de l'article 2167 :

« Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, *il demeure*, par l'effet seul des inscriptions, *obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires,* et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. »

Et l'article 2168 ajoute :

« Le tiers détenteur est *tenu*, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve. »

Le tiers détenteur est *tenu!*

Or, l'article 1251-3° n'exige que cela;

Sans distinguer celui qui est tenu personnellement d'avec celui qui est tenu réellement.

Donc, l'un aussi bien que l'autre se trouve compris dans sa disposition.

3° Quant à l'argument qui est déduit, en sens contraire, du numéro 2 de cet article, nous avons déjà ré-

pondu que la subrogation spéciale qui est accordée à l'acquéreur, avait pour but de prévenir un doute qui aurait pu s'élever en ce qui le concerne, parce qu'il paye sa propre dette.

C'est donc là une disposition de détail qui, loin de contrarier la règle générale, n'en est elle-même qu'une application.

L'article 2029 dispose également que :

« La caution, qui a payé la dette, est subrogée à tous « les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

Conclura-t-on de cette subrogation spéciale, que la caution n'est pas comprise dans la subrogation générale du numéro 3 de l'article 1251 ?

Assurément non !

Eh bien ! il en est de même de l'acquéreur, qui, en outre de la subrogation spéciale du numéro 2, pourrait invoquer la subrogation générale du numéro 3, au profit de tous les tiers détenteurs.

Et l'article 874 ! ne prononce-t-il pas aussi une subrogation spéciale au profit d'un certain tiers détenteur :

« Le légataire particulier, qui a acquitté la dette, dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel. »

Comment ! la loi accorde la subrogation de plein droit au tiers détenteur à titre gratuit ;

Et elle la refuserait au tiers détenteur à titre onéreux !

Cela ne saurait être.

Concluons donc que la subrogation de plein droit de l'article 1255-3° est accordée à celui qui est tenu avec d'autres ou pour d'autres, soit *réellement*, soit *personnellement* (comp. Cass., 7 juillet 1851, Corneaux, Dev., 1851, I, 653 ; Mourlon, p. 454 ; Gauthier, n° 356).

566 — *a*. Tous les tiers détenteurs sont donc subrogés de plein droit ;

Quel que soit le titre, d'où procède leur acquisition;

Et quel qu'en soit l'objet, pourvu qu'ils soient tenus, en effet, au payement de la dette.

567. — Que le tiers détenteur ait acquis à titre onéreux ou à titre gratuit, il n'importe (comp. art. 8741, 1020; *supra*, n° 566).

Acheteurs, copermutants, copartageants, associés, donataires ou légataires, tous ceux enfin auxquels la propriété a été transférée en vertu d'une cause légitime d'acquisition, sont compris sous la dénomination de tiers détenteurs.

568. — Tous ceux, disons-nous, auxquels la propropriété a été transférée;

La propriété, ou l'un des démembrements, par lesquels elle peut légalement se fractionner :

Soit la nue propriété;

Soit l'usufruit (art. 2118, 2204; comp. art. 611, 612; notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit*, t. II, n° 526; Larombière, t. III, art. 1251, n° 44).

569. — Nous ajoutons :

Soit l'emphytéose; si on admet, avec une jurisprudence désormais accréditée, que l'emphytéose existe dans notre Droit moderne, comme une fraction détachée du droit total de propriété (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation*, t. I, n°s 490, 491).

570. — Mourlon enseigne qu'il faut considérer comme un tiers détenteur, auquel l'article 1251-3° est applicable, l'acquéreur d'un droit d'usage ou d'un droit d'habitation (p. 459).

Le créancier hypothécaire, dit-il, pouvant faire vendre l'immeuble en pleine propriété, sans tenir compte de ces droits (que nous supposons constitués postérieurement à la constitution de l'hypothèque), celui à qui ils appar-

tiennent a intérêt d'acquitter la dette, puisqu'il sera dépouillé de son droit, s'il ne l'acquitte pas.

Qu'il y ait intérêt, nous le reconnaissons.

Mais ce n'est là que l'une des conditions que l'article 1251-3° exige.

Il y en a une autre encore, et même la principale !

C'est que celui qui paye, soit tenu au payement.

Or, cette condition manque à celui qui ne possède qu'un droit d'usage ou un droit d'habitation.

Qu'est-ce, en effet, dans le sens de l'article 1251-3°, que d'être tenu *au payement de la dette ?*

C'est de pouvoir être poursuivi par les créanciers, soit personnellement, soit réellement; de sorte que, en effet, les créanciers aient contre celui qui prétend être subrogé, une action, soit personnelle, soit réelle, à fin de payement de ce qui leur est dû.

Or, le détenteur d'un droit d'usage ou d'un droit d'habitation n'est sujet à aucune action de la part des créanciers;

Point à une action personnelle;

Et point davantage à une action réelle, puisque le droit qu'il détient n'est pas un gage hypothécaire susceptible d'être saisi et exproprié (arr. 634, 2118, 2204);

Donc, il ne saurait invoquer l'article 1251-3°.

C'est la conclusion à laquelle nous sommes arrivé déjà sur le numéro 2 de notre article (*supra*, n° 520).

571. — Cette conclusion est évidemment aussi applicable à l'acquéreur d'un droit de servitude réelle (comp. *supra*, n° 521; Gauthier, n° 360).

572. — N'a-t-on pas même été jusqu'à prétendre que le fermier ou le locataire, qui payerait les créanciers, auxquels l'immeuble loué par lui est hypothéqué, pourrait invoquer la subrogation légale de l'article 1251-3° (comp. Mourlon, *loc. supra cit.*).

Voici un bail, qui n'a pas acquis date certaine avant le commandement, qui doit précéder la saisie-immobilière.

Aux termes de l'article 684 du Code de procédure, il peut être annulé, si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent.

Et, afin de prévenir cette annulation, le fermier ou le locataire paye les créanciers.

Est-ce qu'il n'avait pas intérêt d'acquitter la dette ?

Assurément oui !

Mais il n'y était pas tenu ; car aucune nécessité légale ne le forçait à payer !

Qu'il y ait là une bonne occasion de subrogation conventionnelle, c'est incontestable.

Il peut même y avoir un cas de subrogation légale, aux termes du numéro 1 de l'article 1251, parce que, en effet, le locataire ou le fermier pourra être considéré comme un créancier qui paye un autre créancier, qui lui est préférable, à raison des priviléges ou hypothèques.

Mais ce que nous ne pouvons pas concéder, c'est qu'un fermier ou un locataire soit considéré comme un tiers-détenteur, tenu au payement de la dette envers les créanciers (comp. Larombière, t. III, art. 1251, n° 40; Gauthier, n° 362).

573. — Il faut en dire autant de l'antichrésiste.

Peut-on dire, en effet, de lui qu'il est tenu au payement de la dette à laquelle l'immeuble est hypothéqué ?

Évidemment non.

Aussi, les créanciers n'ont-ils à exercer contre lui aucune action, ni personnelle, ni réelle, puisque son droit ne peut pas leur nuire (art. 2091).

574. — Mourlon a écrit que :

« Le tiers acquéreur, qui est soumis à l'action révocatoire, que l'article 1167 accorde aux créanciers, à l'effet d'attaquer l'acte fait par leur débiteur en fraude de leurs droits, est, de plein droit, subrogé aux créanciers, qu'il désintéresse » (page 443).

Mais c'est là encore, suivant nous, le même oubli que

nous avons signalé déjà, chez le savant auteur, de la condition première de cette subrogation.

Et peut-être serait-il permis de s'en étonner; car Mourlon a commencé par poser en principe qu'il ne suffit pas, pour obtenir la subrogation légale du numéro 3 de l'article 1251, d'avoir intérêt d'acquitter la dette, mais que la loi ne l'accorde qu'à celui qui y est tenu, c'est-à-dire *qui pourrait y être contraint* (p. 400, 441, 442).

Or, le tiers acquéreur se trouve-t-il dans cette condition ?

Peut-on dire qu'il soit tenu au payement de la dette envers les créanciers ?

Non !

S'il en était tenu, en effet, soit personnellement, soit réellement, les créanciers pourraient former contre lui une action directe, à fin de payement.

Or, telles ne sont pas les conclusions des créanciers dans l'action Paulienne.

Ce qu'ils demandent directement, c'est la révocation de l'acte frauduleux, en tant qu'il leur est préjudiciable; et voilà pourquoi leur action est aussi appelée révocatoire.

Mais ils ne demandent pas leur payement au tiers acquéreur.

Et, par conséquent, on ne peut pas dire que cet acquéreur soit tenu envers eux du payement de la dette (comp. le tome II de ce *Traité*, nos 246, 247; Gauthier, n° 362).

575. — C'est pourquoi nous ne pensons pas que la subrogation légale de notre texte appartienne au tiers, qui, pour conjurer l'effet d'une action en résolution, paye le créancier qui va l'exercer contre lui.

Voici, par exemple, le sous-acquéreur d'un donataire, contre lequel le donateur demande la révocation de la donation, pour cause d'inexécution des conditions (art. 953).

En tant qu'il ne s'agit que de l'action réelle en révoca-

tion, le sous-acquéreur n'est pas tenu, avec le donataire, des charges, qui ont pu être imposées à celui-ci;

Il n'en est tenu ni personnellement ni réellement.

Et ce n'est pas, en effet, le payement de ces charges que le donateur peut demander contre lui.

Il ne peut demander que la révocation de la donation.

Donc, on ne peut pas dire que le sous-acquéreur soit tenu envers lui au payement de la dette (comp. Larombière, t. III, art 1251, n° 43).

576. — Un propriétaire a hypothéqué son immeuble pour la dette d'un autre, sans s'obliger personnellement.

Voilà évidemment un tiers détenteur auquel l'article 1251-3° sera applicable.

C'est là, comme on dit, *une caution réelle* (comp. Duranton, t. XII, n° 176; Larombière, t. III, art. 1251, n° 61 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, XI).

577. — Il en serait de même d'un tiers, qui aurait donné son meuble en gage pour le débiteur (art. 2077; ajout. art. 2090).

578. — On a supposé aussi cette hypothèse :

Un locataire a vendu, sans le consentement du propriétaire, un meuble qui garnissait la maison louée.

Quel est le droit du propriétaire ?

C'est de revendiquer le meuble dans le délai de quinzaine, même contre un acquéreur de bonne foi; parce que ce déplacement furtif a, en effet, pour ainsi dire, envers lui, le caractère d'un vol (comp. art. 2102-1°, 2279).

D'où il suit que l'acquéreur se trouve dans la position d'un tiers détenteur, tenu réellement pour un autre, envers le créancier.

Et, par conséquent, il a droit à la subrogation légale, s'il paye le propriétaire.

Que cette hypothèse ne se soit pas présentée à la pensée du législateur, lorsqu'il a édicté l'article 1251-3°, cela est fort vraisemblable.

Mais elle rentre dans les termes de sa disposition.

La même solution serait applicable dans les autres cas semblables, par exemple, au profit de l'acquéreur du meuble qui aurait été volé, à un créancier gagiste, à un aubergiste, à un voiturier, si on admet, comme nous pensons qu'il faut l'admettre, que la revendication appartienne aussi, dans ce cas, au gagiste, à l'aubergiste, au voiturier (comp. Mourlon, p. 460).

579. — *b.* Nous venons de nous occuper de ceux qui sont tenus réellement, avec d'autres ou pour d'autres.

Occupons-nous maintenant de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres, personnellement (*supra* n° 565).

Ce sont ceux-là que le législateur avait surtout en vue, lorsqu'il a édicté la disposition générale de l'article 1251-3° ; car ils forment la classe la plus nombreuse des personnes auxquelles cette disposition est applicable.

Nous pouvons poser comme règle :

Que s'il faut refuser le bénéfice de cette subrogation à tous ceux qui ne réunissent pas les deux conditions que la loi exige;

Il faut l'accorder à tous ceux qui réunissent ces deux conditions.

580. — Et d'abord, que les débiteurs simplement conjoints d'une obligation divisible, ne puissent pas prétendre à la subrogation légale de notre article 1251-3°, cela est d'évidence !

Puisque précisément, la dette se divisant entre eux, chacun est tenu pour soi seulement, et non pour les autres ni avec les autres. (Comp. le t. III de ce *Traité*, n° 105 ; Toullier, t. IV, n° 149 ; Duranton, t. XII, n° 176; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 184; Larombière, t. III, art. 1251, n° 61.)

581. — C'est pourquoi la subrogation légale n'est pas accordée à celui des héritiers ou autres successeurs

universels, qui a payé une dette chirographaire de la succession, au delà de la part dont il est tenu.

Car les dettes de la succession se divisent ; de sorte que chacun d'eux n'en est tenu que dans la proportion de sa part héréditaire (comp. notre *Traité des Successions*, t, V, nos 22 et suiv.).

Cette doctrine est certaine, lorsque c'est après le partage, que l'un des héritiers ou successeurs universels a payé, en totalité, une dette chirographaire de la succession, dont il n'était tenu que pour une part (comp. toutefois Cass., 2 avril 1839, Satin, Dev., 1839, I, 386).

582. — Mais faut-il aussi l'admettre, lorsque c'est avant le partage que le payement a eu lieu?

Toullier ne le pensait pas; et il faisait une distinction :

« Si la succession est encore indivise, disait-il, il nous paraît que le cohéritier qui a payé une dette de la succession, est subrogé légalement dans tous les droits du créancier, soit hypothécaire, soit chirographaire.

« Si le créancier est hypothécaire, tous les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout ; tous ont intérêt à libérer les biens hypothéqués.

« Si le créancier est chirographaire, il a le droit de faire apposer les scellés, de requérir l'inventaire, d'y assister, d'empêcher le partage de se faire avant qu'il soit payé, de demander la séparation de biens.

« Tant que dure cet état de choses, on ne peut raisonnablement nier que les héritiers sont tenus aux dettes les uns avec les autres, et qu'ils ont un très-grand intérêt d'acquitter la dette commune, pour écarter un créancier incommode et prévenir les frais.

« On ne peut donc refuser, dans ce cas, la subrogation de plein droit au cohéritier qui a payé, avant le partage, une dette commune, même chirographaire. » (T. IV, n° 151 ; comp. Duvergier, *h. l.*, note *a*; Gauthier, n° 372.)

Mais la distinction de Toullier n'a pas été admise.

Que l'un des cohéritiers puisse avoir intérêt à payer, au delà de sa part, une dette même simplement chirographaire de la succession, on en convient; ce que l'on nie, c'est qu'il en soit tenu avec ou pour ses cohéritiers, et qu'il puisse y être contraint par le créancier.

« Dès lors, et avant tout partage, chaque héritier n'est tenu que de sa part et portion virile ; à ce point que, pour avoir un débiteur du total, qui n'est autre que la succession, il faut poursuivre tous les héritiers collectivement. Et c'est seulement dans le sens de cette collection de débiteurs distincts et séparés, qu'on peut dire qu'ils sont tenus les uns pour les autres. Mais chacun ne doit que sa part ; de même que nul ne doit cette part avec lui. Chacun d'eux peut donc offrir et payer sa portion, et laisser ensuite les autres se débattre avec le créancier. Tel est le moyen le plus simple d'arrêter les poursuites, en ce qui le concerne. » (Larombière, t. III, art. 1251, n° 60; comp. Duranton, t. VII, n° 450; Mourlon, p. 472.)

Cette conclusion elle-même, toutefois, n'est-elle pas trop absolue?

Le cohéritier, sans doute, n'est pas plus, avant qu'après le partage, tenu personnellement de la part des dettes afférente à chacun de ses cohéritiers.

Mais peut-il arriver qu'il en soit tenu réellement?

Nous le croyons (comp. les explications que nous avons fournies sur le droit des créanciers héréditaires avant le partage, dans notre *Traité des Successions*, t. III, n°s 652-653 ; et t. V, n° 214).

Or, lorsque cette situation se produit, chacun des héritiers peut être contraint, du moins comme *biens-tenant*, au payement de la totalité de la dette héréditaire.

Et s'il peut y être contraint, c'est qu'il en est tenu avec ses cohéritiers.

D'où résulte, à son profit, la subrogation de plein droit de l'article 1251-3° (comp. Toulouse, 15 janvier 1841, Deserres, Dev., 1841, II, 237).

583. — Un tiers s'oblige, envers le débiteur seul, à payer son créancier, sans prendre aucune obligation envers celui-ci.

Et il le paye.

Sera-t-il subrogé de plein droit ?

Évidemment non !

Car il n'était pas tenu, avec le débiteur, au payement de la dette envers le créancier.

Comment le créancier aurait-il pu l'y contraindre, puisqu'il ne s'était pas obligé envers lui! (Comp. Paris, 27 nov. 1841, Huc, Dev., 1842, II, 50.)

584. — Voici un sous-entrepreneur qui après avoir payé les ouvriers par lui employés, prétend qu'il est subrogé de plein droit, soit à l'action que les ouvriers auraient eue, à défaut de payement de leurs salaires, contre l'entrepreneur principal, en vertu de l'article 1798 du Code Napoléon, soit au privilége qui pouvait leur appartenir, en vertu de la loi du 26 pluviôse, an II.

Cela est encore impossible!

« Attendu, dit justement la Cour de cassation, que le bénéfice de la subrogation est réservé, par le § 3 de l'article 1251, à celui qui, étant coobligé à la dette, en a effectué le payement ; que tel n'était pas le cas, en ce qui concerne les demandeurs ; qu'ils étaient seuls obligés au payement des salaires vis-à-vis des ouvriers par eux employés ; que, en payant la dette, ils ont éteint leur propre obligation ; qu'ils ne pouvaient dès lors être subrogés à des droits qui avaient cessé d'exister, et, après le payement des ouvriers, exercer, à leur lieu et place, une action qui n'est ouverte en leur faveur que pour le cas de non-payement.... » (12 févr. 1866, Lebec, Dev., 1866, I, 94 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 184.)

585. — Est-il besoin de dire que le mandataire qui paye, de ses deniers, les dettes de celui dont il administre les biens, n'est pas, en cette qualité, subrogé de plein droit.

Il n'y est pas tenu, en effet.

On peut ajouter qu'il n'a pas à acquitter la dette, cet intérêt que la loi exige, un intérêt pécuniaire, qui lui soit propre.

Les deux conditions de la subrogation légale manquent donc dans sa personne.

Cette solution s'applique au tuteur qui payerait une dette du mineur, au mari qui payerait une dette de sa femme ;

Comme à tout mandataire, en général.

586. — A moins que, par exception, l'administrateur ou le mandataire n'eût reçu le mandat de payer, de ses deniers personnels, la dette de son mandant, de manière à être tenu lui-même du payement envers le créancier.

Auquel cas, il faudrait admettre la décision qu'Ulpien appliquait au mandat romain (dans la loi 28, ff. *mandati;* comp. *infra*, n° 602).

587. — Voilà pourquoi le délégué qui s'est obligé envers le créancier délégataire, est subrogé de plein droit, lorsqu'il le paye.

Car il était tenu du payement de la dette, avec le délégant, envers le créancier (art. 1275; comp. Larombière, t. III, art. 1251, n° 57).

588. — Mais c'est surtout le coobligé et la caution, que l'article 1251-3° a en vue, lorsqu'il institue la subrogation de plein droit au profit de celui qui est tenu avec d'autres et pour d'autres (comp. Pothier, *Introduct. au tit.* XX *de la cout. d'Orléans*, n° 73).

Ainsi le codébiteur d'une obligation solidaire ;

Quelle que soit l'espèce de solidarité, en vertu de laquelle il est tenu : soit conventionnelle ou légale, soit, comme on dit encore, parfaite ou imparfaite (comp. le t. III de ce Traité, n°s 26 et suiv.).

589. — De même le codébiteur d'une obligation indivisible;

Sans distinguer entre les différentes espèces d'indivisibilité.

Le codébiteur d'une obligation indivisible, même *solutione tantum,* est tenu, envers le créancier, de payer toute la dette.

Or, cela suffit pour que son recours contre ses codébiteurs soit garanti par la subrogation légale (comp Mourlon, p. 461 ; Gauthier, n° 320 ; Larombière, t. III, art. 1251, n° 56; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 184).

590. — La caution, qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur (art. 2029, 1251-3°).

Peu importe qu'elle se soit engagée au su ou à l'insu du débiteur (art. 2014, 2028).

Mais si elle s'était engagée malgré lui, contre sa volonté?

Tout de même!

Dans le cas, du moins, où le payement fait par elle, en exécution de ce cautionnement, constituerait un acte d'utile gestion dans l'intérêt du débiteur (comp. Duranton, t. XVIII, n° 317; Troplong, *du Cautionnement,* n° 362 ; Paul Pont, t. II, n° 267; Gauthier, n° 345).

591. — Il en est de même du certificateur de caution, c'est-à-dire de celui qui s'est rendu caution de la caution (art. 2014);

Et aussi des cofidéjusseurs, c'est-à-dire de ceux qui ont cautionné un même débiteur pour une même dette (art. 2033);

Sans distinguer s'ils se sont engagés, envers le créancier, à la même époque ou à des époques différentes; — par le même acte ou par des actes séparés.

Car l'article 2033 ne fait aucune distinction.

592. — De même du *mandator pecuniæ credendæ,* qui demeure garant du prêt, qui a été fait d'après son mandat; car il n'est autre qu'une sorte de caution donnée d'avance, afin de déterminer le prêteur à fournir ses de-

niers à l'emprunteur, avec qui le mandant se trouve, en conséquence, tenu au payement de la dette (comp. Pothier, n° 447; Gauthier, n° 351).

593. — A la différence de celui qui s'est porté fort pour un tiers, en promettant sa ratification.

Car alors il n'y a, en aucun moment, deux coobligés.

En effet:

Ou le tiers refuse de ratifier; et le *porte-fort* demeure obligé seul;

Ou le tiers ratifie; et c'est lui seul qui est obligé, le *porte-fort* cessant de l'être (art. 1121; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 213; Larombière, t. III, art. 1251, n° 58).

594. — Une même dette, pour la même chose, envers le même créancier;

Telle est donc la condition tout à la fois nécessaire et suffisante, pour constituer cette *coobligation*, à laquelle la loi attache le bénéfice de la subrogation de plein droit (comp. art. 1200, 2025, 2033).

Il n'y a pas à s'enquérir de la cause différente, d'où procède, pour les co-obligés, cette même dette d'une même chose, dont chacun d'eux est tenu envers le même créancier;

Dès qu'il y a entr'eux cette identité, cette unité d'obligation, qui fait qu'un seul est tenu pour le tout, et qu'il a droit, après avoir payé, d'exercer un recours contre les autres.

Celui-ci est tenu en vertu d'un contrat, et celui-là en vertu d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit ou d'un délit?

Il n'importe!

Est-il *tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au payement de la dette?*

Voilà tout ce que la loi exige! (art. 1251-3°).

595. — Nous arrivons ainsi à une question importante; à savoir:

Si l'assureur, qui paye à l'assuré le montant du dommage, que le sinistre lui a causé, est subrogé, de plein

droit, aux droits et actions que ce sinistre a pu faire naître au profit de l'assuré ;

Spécialement, si l'assureur est subrogé à l'action en responsabilité, qui appartient au propriétaire contre ses locataires ou ses fermiers, en vertu des articles 1733 et 1734 ?

C'est surtout lorsque les compagnies d'assurances ont prétendu exercer cette action, comme subrogées au droit du propriétaire, que la question a été très-controversée.

Nous disons qu'elle l'a été, parce que, en effet, elle a cessé de l'être; si bien que Mourlon, dès 1848, écrivait *qu'on ne la plaide plus !* (p. 447.)

Il y en a deux motifs :

C'est d'abord que la solution négative a triomphé, presque à l'unanimité, dans la jurisprudence des arrêts et dans la doctrine des auteurs ;

C'est, ensuite, que les compagnies ont pourvu, en conséquence, elles-mêmes à leur garantie, en insérant, dans les polices d'assurances, une clause par laquelle le propriétaire assuré leur cède éventuellement l'action en responsabilité, que les articles 1733 et 1734 lui accordent contre son fermier ou son locataire (comp. notamment l'art. 15 du règlement de la Compagnie Nationale; l'art. 23 de la police de la Compagnie du *Phénix*, etc.).

Nous croyons, toutefois, qu'il peut être encore utile d'examiner cette question, du moins au point de vue scientifique, pour la complète exposition de la subrogation légale, qui fait l'objet de notre étude.

596. — Dans le sens de la doctrine, qui a prévalu, on raisonne ainsi :

1° Lorsque l'article 1251-3° accorde la subrogation à celui qui est tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au paiement *de la dette*, ce qu'il entend par ces mots, c'est une dette commune et identique, une seule et même dette, dont plusieurs personnes sont tenues personnellement ou réellement, soit d'une manière principale, comme

les codébiteurs, soit d'une manière accessoire, comme les cautions ou les tiers-détenteurs, qui sont tous ensemble tenus, en effet, d'une dette unique.

Or, tout au contraire, dans la question proposée, il y a deux dettes séparées et distinctes : l'une, qui procède, à la charge du locataire, du contrat de bail; l'autre, qui procède, à la charge de l'assureur, du contrat d'assurance;

Deux dettes distinctes, entre lesquelles il n'existe aucune relation.

La preuve en est que l'assureur n'en serait pas moins toujours tenu de sa dette, lors même que le locataire ne serait pas tenu de la sienne, comme s'il prouvait que c'est par cas fortuit que la maison louée par lui a été incendiée;

Et dans le cas même où il serait obligé de payer sa dette au propriétaire, en vertu de l'article 1733, il ne pourrait exercer aucun recours contre l'assureur.

Pourquoi ?

Précisément parce qu'il n'aurait fait que payer sa dette personnelle.

Or, c'est une des règles fondamentales de notre matière, que celui-là qui paye ce qu'il doit, ne saurait obtenir la subrogation !

2° C'est par le même motif que l'assureur, dans le cas où il a payé au propriétaire le montant du sinistre, ne doit pas pouvoir exercer un recours contre le locataire;

Parce qu'il n'a fait, lui aussi, que payer sa dette personnelle, qui *n'a rien de commun avec la dette du locataire*, et qui n'y est nullement subordonnée.

3° C'est bien là, en effet, une dette à lui personnelle, à laquelle il s'est obligé seul, dans son propre intérêt, par un contrat à titre onéreux, qui a ses conditions propres d'existence, et dont la cause est la dette équivalente, à laquelle l'assuré s'est obligé, de son côté, envers lui (comp. Cass., 2 mars 1829, Assurances, D., 1829, I, 163; Colmar, 13 janv. 1834, le *Phénix*, D., 1833, II,

105; Cass., 13 avril 1836, Comp. du *Phénix*, Dev, 1836, I, 271; Cass., 24 nov. 1840, mêmes parties, Dev., 1841, I, 45; Bordeaux, 26 nov. 1845, Comp. d'assurances, Dev., 1846, II, 326; Duranton, t. XII, n° 181; Pardessus, *Droit commerc.*, n° 595; Alauzet, n° 478; Brun et Joliat, *Des Assurances*, n° 294; Quesnault, n°s 326 et 327; Eugène Persil, n° 200; Massé, *Droit commerc.*, t. V, n° 254; D. Rec. alph., v° *Assurances terrestres*, n° 247).

597. — Cette argumentation est assurément très-sérieuse.

Elle ne nous a pas convaincu pourtant; et nous allons exposer les doutes, qu'elle nous laisse.

Une proposition est d'abord certaine :

C'est que tous les auteurs qui, dans l'ancien Droit et dans le Droit nouveau, ont traité *des Assurances maritimes*, s'accordent pour reconnaître que l'assureur maritime est subrogé, de plein droit, à tous les droits et actions que l'assuré peut avoir pour la réparation du sinistre qu'il a éprouvé.

Qu'il s'agisse de marchandises jetées à la mer pour le salut commun; — d'abordage; — de capture de navire; — de baratterie du patron; — il n'importe!

C'est, en matière d'assurances maritimes, un principe reconnu que l'assureur, qui a payé à l'assuré le montant du sinistre, est subrogé de plein droit à tous ses droits et actions (comp. Pothier, *Du Contrat d'assurances*, n°s 52, 65, 165; Merlin, Répert. v° *Baratterie du patron;* Pardessus, *Droit commerc.*, n°s 854, 855; Boulay-Paty, sur *Emérigon*, t. I. p. 515).

Or, c'est là, suivant nous, une première raison de douter du mérite de la doctrine qui, en matière d'assurances terrestres, refuse à l'assureur cette même subrogation de plein droit aux actions de l'assuré.

Car enfin le contrat d'assurances est un seul et même contrat, soit qu'il ait pour objet des risques maritimes, soit qu'il ait pour objet des risques terrestres.

Et il est, en effet, dans l'un comme l'autre cas, gouverné en général par les mêmes principes.

Il paraît donc étrange que l'on fasse, dans l'une et dans l'autre de ses applications, une condition si différente à l'assureur;

Et que la subrogation, qui est accordée à l'assureur maritime, soit refusée à l'assureur terrestre!

Si, en effet, les arguments que l'on invoque, sont suffisants pour la faire refuser à l'un, ils doivent aussi la faire refuser à l'autre;

De même, en sens inverse, que, s'ils ne suffisent pas contre l'un, ils ne doivent pas suffire contre l'autre!

598. — Ce dernier parti ne serait-il pas le plus vrai :

1° Nous avons déjà remarqué qu'il faut considérer comme une même dette, dans le sens de l'article 1251-3°, celle qui a pour objet *une même chose* (art. 1200); de sorte que le payement fait par l'un, libère, envers le créancier, les autres, qui en étaient tenus.

Or, telle est bien la dette, dont il s'agit!

Quelle est la chose, qui fait l'objet de la dette du locataire envers le propriétaire locateur?

C'est l'indemnité du dommage qui lui a été causé par l'incendie.

De même que l'indemnité de ce dommage, qui a été causé par l'incendie, est la chose qui fait l'objet de la dette de l'assureur envers le propriétaire assuré.

Que l'une procède du contrat de bail, tandis que l'autre procède du contrat d'assurances, il n'importe! puisque la loi n'exige pas que la dette ait, pour les uns et pour les autres, la même cause.

C'est vainement qu'on objecte qu'il se pourrait que le locataire ne fût pas tenu envers le propriétaire, comme s'il prouvait que l'incendie n'est point arrivé par son fait; tandis que, néanmoins, l'assureur serait toujours tenu de la dette qu'il a contractée.

Ce qui en résulte, c'est que la dette de l'assureur

comprend les différentes éventualités d'où peut résulter le dommage, non-seulement donc la faute présumée du locataire, mais toutes les autres.

Mais qu'importe encore, dès qu'elle comprend aussi l'éventualité qui peut résulter de la faute présumée du locataire !

Et quand on ajoute que si le locataire, au contraire, avait été poursuivi par le propriétaire et l'avait payé, il n'aurait pas de recours contre l'assureur, cette objection n'est pas plus concluante.

Le débiteur principal, lorsqu'il a payé le créancier, n'a pas de recours contre la caution;

Et cela n'empêche pas que la caution soit tenue pour lui !

On se récrie que l'assureur a fait, dans son intérêt, un contrat à titre onéreux; qu'il a reçu, par les primes, l'équivalent aléatoire de l'indemnité qu'il paye !

Mais, répondrons-nous encore, la caution peut ne s'être engagée aussi qu'à titre onéreux; elle peut avoir mis un prix à l'obligation de garantie qu'elle a contractée.

Or, ces modalités n'empêcheraient pas qu'elle fût tenue pour le débiteur principal et qu'elle pût invoquer le bénéfice de la subrogation légale;

Donc, il en doit être ainsi de l'assureur.

2° C'est que, en effet, il existe, entre le contrat d'assurances et le cautionnement, une grande affinité.

Supposez un cautionnement donné à l'insu du débiteur, à titre onéreux, et par lequel la caution a renoncé au bénéfice de discussion.

Où sera la différence entre le contrat de cautionnement et le contrat d'assurances ?

3° Si l'argumentation de la doctrine contraire était vraie, et si la dette du locataire n'était pas, en effet, envers le propriétaire la même que la dette de l'assureur, on devrait en conclure que la subrogation conventionnelle n'est pas plus possible que la subrogation légale.

Car c'est la condition de toute subrogation, que celui

qui prétend être subrogé, ait, en payant, acquitté une dette qui était la dette d'un autre.

Il serait impossible que l'assureur fût subrogé, même conventionnellement, par le propriétaire à ses droits contre le locataire, si, en payant le montant du sinistre, il ne payait pas la dette du locataire.

Aussi, a-t-il fallu en venir là !

Et on décide, en effet, que l'assureur, en payant l'indemnité au propriétaire, ne peut pas être subrogé conventionnellement par lui à ses droits et actions contre le locataire.

Mais cette conséquence, logique sans doute dans ce système, (quoique quelques-uns de ses partisans se soient refusés à l'admettre), soulève elle-même, à notre avis, de graves objections.

Est-ce que, en effet, l'assuré, qui reçoit de l'assureur l'indemnité du dommage, que le sinistre a causé, n'est pas tenu de lui abandonner ce qui reste de la chose assurée et les actions qu'il peut avoir relativement à cette chose ?

Oui, sans doute ! (comp. Pothier, *du Contrat d'assurances*, n° 128 ; art. 1303, Cod. Napol.; art. 369 et suiv. Cod. de comm.).

Or, l'action du propriétaire contre le locataire est bien *une action en indemnité par rapport à cette chose,* comme dit l'article 1303. (Comp. Amiens, 13 avril 1825, Leblant, D., 1826, II, 238.)

Donc, il doit la céder à l'assureur.

Car s'il ne la lui cède pas, qu'arrive-t-il ?

C'est que voilà une obligation sans action et un débiteur sans créancier !

Le locataire a été libéré envers le propriétaire par le payement de l'indemnité, que l'assureur lui a fait.

Et s'il est à l'abri de tout recours, sa responsabilité disparaît, et, avec elle, la garantie de sécurité, que, dans un intérêt privé comme dans un intérêt public,

le législateur avait cru devoir lui imposer ! (Comp. Toullier, t. XI, n° 175; Mourlon, p. 226 et suiv. et p. 444 et suiv.; Boudousquié, *Traité de l'assurance contre l'incendie,* n° 330; Gauthier, n°s 394 et suiv.)

599. — Ah ! c'est que précisément, cette responsabilité a paru être d'une dureté extrême !

Et il est permis de penser que ce sentiment a pu, dans l'origine, contribuer au succès de la doctrine, qui refuse à l'assureur la subrogation de plein droit à l'action du propriétaire contre le locataire.

On avait même été, d'abord, jusqu'à décider que l'éventualité du recours du propriétaire contre le locataire, en vertu de l'article 1733, est incessible !

Telle est la solution que la Cour de Colmar avait consacrée, par le motif, que :

« Cette cession aléatoire, mettant le locataire à la merci d'un tiers, d'un spéculateur, ajouterait, d'une manière cruelle, au malheur de sa position...; et qu'elle interdirait d'avance toute chance de pitié, toute compassion possible de la part du propriétaire; ce qui serait refouler le droit le plus sacré des hommes, celui de la bienveillance due au malheur.... » (13 janv. 1832, Phœnix, Dev., 1832, II, 208.)

Mais cette solution n'a pas prévalu; et il est manifeste qu'elle ne pouvait pas prévaloir.

Le droit, qui résulte de l'article 1733, au profit du propriétaire contre le locataire, n'est certainement pas attaché à sa personne; ce droit, dont la cause est dans le contrat de bail, et qui a pour objet une somme d'argent, est dans le patrimoine du propriétaire, comme tous les autres biens qui lui appartiennent.

Il est, en conséquence, dans le commerce (art. 1128, 1598).

Ses créanciers peuvent l'exercer en son nom (art. 1166);

Et il en a lui-même *la libre disposition* (art. 537, 544).

Il peut donc évidemment le céder à un tiers; car, en le cédant, il l'exerce; il en dispose.

Et il peut le céder, soit après qu'il s'est ouvert par l'événement arrivé de l'incendie, soit avant, puisque les choses futures peuvent être l'objet d'un contrat (art. 1130).

Ceci est, disons-nous, manifeste.

Aussi, la jurisprudence et la doctrine sont-elles aujourd'hui d'accord pour reconnaître que l'éventualité du recours, que l'article 1733 accorde au propriétaire contre le locataire, peut faire l'objet d'un contrat de cession (comp. Cass., 13 avril 1836, Phœnix, Dev., 1836, I, 271; Cass., 24 nov. 1840, Phœnix, Dev., 1841, I, 45; Bordeaux, 26 nov. 1845, Assurances, Dev., 1846, II, 325; Duvergier, t. I, n° 418; Troplong, t. II, art. 1733-1734, n° 393).

600. — En même temps donc que l'on déclare impossible la subrogation conventionnelle ou légale, on déclare possible la vente, la cession.

Mais pourtant il n'y a point de vente sans un prix (art. 1582).

Or, le prix de cette vente, où est-il, quand le propriétaire consent, ainsi que cette clause est maintenant de style dans toutes les polices, à ce que la compagnie d'assurances soit subrogée à tous ses droits et actions contre le locataire?

De prix, il n'y en a pas!

Et l'arrêt de la cour de Colmar n'a pas manqué de relever cet argument:

« Attendu que toute cession est une vente, et qu'il n'y a pas de vente sans un prix stipulé en retour du droit cédé; — Que, au cas particulier, il n'a été stipulé aucune somme pour la cession; — Que, d'autre part, il n'a été fait au cédant aucune diminution sur les droits usuels d'assurance, en indemnité du droit cédé... » (*Loc. supra cit.*)

Il nous semble que l'objection est assez grave pour embarrasser la doctrine, qui ne veut pas admettre que le propriétaire puisse subroger la compagnie d'assurances à son action éventuelle en recours contre le locataire,

Car, si ce n'est pas une cession, ce ne peut être qu'une subrogation.

Si la compagnie n'a pas acheté, moyennant un prix, c'est qu'elle a payé la dette du locataire et qu'elle lui est subrogée !

Et c'est, en effet, dans le sens d'une subrogation conventionnelle, que nous voyons l'un des meilleurs arrêtistes interpréter les arrêts, qui précèdent (comp. Dev., 1846, II, 325, note 1).

Nous devons dire, toutefois, que les arrêts eux-mêmes protestent contre cette appréciation, et qu'ils prennent soin, au contraire, de déclarer, avec beaucoup de clarté au fond, quoique peut-être avec un peu de confusion dans les termes, que *la* SUBROGATION *par laquelle l'assureur* CESSIONNAIRE *a été mis aux droits de l'assuré cédant, diffère de la* SUBROGATION *conventionnelle* réglée par l'article 1250, et de la subrogation de plein droit réglée par l'article 1251. (Cass., 24 nov. 1840, *supra cit.*).

Oui certes, la cession diffère de la subrogation !

Et voici ce que vont gagner à cette différence, le locataire et le propriétaire.

Le locataire ?

Il aura, devant lui, un cessionnaire, un acheteur, dont le droit sera toujours égal à celui du cédant, du vendeur; tandis que le droit d'un subrogé aurait pu parfois être moindre.

Et le propriétaire ?

De même ; qu'il n'invoque pas, contre l'assureur, l'article 1252, afin d'obtenir la préférence pour ce qui pourrait encore lui être dû par le locataire!

Cette préférence, il l'aurait eue contre un subrogé ; il ne l'aura pas contre un cessionnaire (comp. Grenoble,

15 févr. 1834, Proby, D., 1834, II, 170; Paris, 17 janv. 1845, Phœnix, Dev., 1845, II, 93; Gauthier, n° 398).

Était-ce bien la peine de s'apitoyer sur le sort des locataires, pour refuser à l'assureur, contre eux, le bénéfice de la subrogation ?

Et, lorsque, au nom des locataires, on s'émeut des conséquences, qui résultent de la transmission à l'assureur de l'action en recours du propriétaire assuré, ne conviendrait-il pas de se souvenir que si c'est l'assurance qui les menace, c'est aussi l'assurance qui les protége, en les garantissant *contre les risques locatifs ?*

601. — Le législateur, du reste, a fait, dans plusieurs cas, spécialement l'application du principe général qu'il a posé dans l'article 1251-3°.

C'est ainsi que l'article 5 de la loi du 11 brumaire an VII, dispose que :

« Le conservateur (des hypothèques) sera subrogé de droit aux actions que les créanciers, qu'il aurait été obligé de payer, avaient contre le débiteur originaire. »

Disposition qui, pour n'être pas reproduite par le Code, n'en doit pas moins être considérée comme toujours existante, puisqu'elle est la conséquence d'un principe que le Code lui-même a consacré (comp. art. 2198).

De même, aux termes de l'article 33 de la loi du 22 frimaire an VII :

« Les notaires seront tenus du payement des droits d'enregistrement auxquels leurs actes sont soumis, sauf leur recours contre les parties.... » (ajout. art, 29, 34, 35, 36.)

D'où il suit que les notaires et les autres officiers publics, tels que les huissiers, les greffiers, sont tenus du payement de ces droits, avec d'autres et pour d'autres, et qu'ils peuvent, en conséquence, invoquer la subrogation de plein droit établie par l'article 1251-3° (comp. le t. III de ce *Traité*, n°s 258 et suiv.; Rouen, 2 févr.

1827, Sirey, 1827, II, 113; Grenier, *Des hypoth.*, n° 442; Gauthier, n°s 400-402; Larombière, art. 1251, n° 63).

602. — Les applications, que nous avons fournies, de la règle qui est posée par l'article 1251-3°, suffiront à en déterminer la portée.

Le champ en est, comme nous l'avons dit, très-vaste!

Il s'en rencontre aussi dans le droit commercial (comp. art. 140, 142, 159, 164, 187 Cod. de comm.).

Mais celles-là ne sont pas de notre domaine.

603. — Ce que nous voulons remarquer toutefois, c'est que, pour que notre règle soit applicable, non seulement dans les matières civiles, mais aussi dans les matières commerciales, il n'est pas nécessaire qu'il existe, dans le cas particulier, un texte qui en fasse l'application spéciale.

La règle est générale; et son empire s'étend, par sa propre force, à toutes les situations dans lesquelles une personne paye une dette, dont elle est tenue avec d'autres ou pour d'autres.

C'est ainsi que le commissionnaire qui paye, de ses deniers, les marchandises qu'il a été chargé d'acheter pour le compte de son commettant, est subrogé, de plein droit, à tous les droits du vendeur (comp. art. 94 Cod. de comm., et art. 576 et 577).

Objectera-t-on que, pourtant, il n'y a qu'un débiteur, puisque le commissionnaire est seul obligé envers le vendeur, et que le commettant ne l'est pas? (Comp. Delamarre et Lepoitevin, t. II, n° 395; Troplong, *Du nantissement*, n° 359).

Il est vrai!

Mais cela n'empêche pas que le commissionnaire, qui s'est obligé pour le commettant, soit tenu, lui, en effet, pour un autre (comp. Cass., 14 nov. 1810, Sirey, 1811, I, 37; Cass., 18 avril 1843, Merentié, Dev., 1843, I, 526; Merlin, *Répert.*, v° *Revendication;* Pardessus, *Droit com-*

merc., t. II, nº 563; Zachariæ, Aubry et Rau., t. IV, p. 184; Gauthier, nº 400; Larombière, t. III, art. 1251, nº 65).

604. — II. Le payement de la dette, telle est, dans ce cas, comme dans tous les autres, la condition à laquelle la subrogation est soumise (comp. art. 1214, 2029, 2033, 2178).

Le payement, soit en entier, soit pour partie;

Et, dans ce dernier cas, la subrogation a lieu jusqu'à concurrence de ce qui a été payé (comp. art. 1214; le t. III de ce *Traité*, nºs 425-426).

605. — Il faut assimiler au payement les autres modes par lesquels celui qui est tenu avec d'autres ou pour d'autres, peut éteindre la dette, de manière à libérer les autres envers le créancier, en acquérant un recours contre eux (comp. le t. III précité, nº 417).

Nous avons exposé ces différents modes, en traitant des obligations solidaires (comp. le t. III précité, nºs 389 et suiv.).

Et nous aurons à les exposer encore spécialement, sur chacune des sections de ce Chapitre, que notre Code y a consacrées.

Bornons-nous à énoncer, comme des modes équivalents au payement :

La novation (art. 1281);

La remise de la dette, lorsqu'elle est absolue, *in rem*, et non pas seulement relative, *in personam* (art. 1282 et suiv.);

La compensation, après qu'elle a été opposée par celui qui pouvait l'opposer (art. 1294).

606. — Nous avons vu, au contraire, que la confusion n'éteint pas, en réalité, la dette, et que, notamment en matière de solidarité ou de cautionnement, elle ne saurait être assimilée au payement (art. 1209, 1301; comp. le t. III précité, nºs 195 et 403).

607. — III. Quant aux effets de cette subrogation, on

peut dire qu'ils sont ceux qui appartiennent à la subrogation en général.

Toutefois, celle-ci se distingue par une particularité remarquable qui a, de tout temps, été la source de beaucoup de complications.

La subrogation produit ses effets, non seulement contre le débiteur, mais encore contre le tiers ; c'est ce que nous verrons bientôt.

Mais précisément, ici, les tiers contre lesquels elle va produire ses effets, sont ceux qui ont droit eux-mêmes d'être subrogés, en payant la dette.

Cette subrogation étant accordée par la loi à ceux qui sont tenus au payement de la dette, avec d'autres ou pour d'autres, la conséquence en est qu'ils y ont tous, réciproquement, un droit égal;

Et que, en même temps que l'un a le droit d'être subrogé contre les autres, les autres ont le droit d'être subrogés contre lui !

De sorte que la subrogation ouverte au profit de celui qui a payé la dette le premier, semble devoir, par une sorte de réaction ou de *réflexion*, comme disaient nos anciens, rebondir tout aussitôt contre lui et l'atteindre à son tour ! (Renusson, chap. VIII, n° 9).

Le premier, qui a payé la dette, pourra-t-il, en effet, comme subrogé aux droits du créancier, agir pour le tout, contre les autres, *sa part seulement confuse en lui*, comme on disait encore autrefois?

Ou devra-t-il, au contraire, diviser son action contre chacun d'eux, en proportion de sa part contributive ?

C'est sur quoi les auteurs et les arrêts étaient, dans notre ancien droit, fort partagés.

Renusson témoigne que, sur ce point, *la jurisprudence a grandement varié* (*loc. supra cit.*).

Pothier ajoute que la question a été jugée anciennement pour la première opinion; mais que néanmoins

les nouveaux arrêts ont jugé pour la deuxième opinion (n° 281).

608. — Le législateur de notre Code n'a pas complétement tranché cette controverse.

Il l'a résolue seulement pour certains cas, les plus importants, il est vrai, et les plus fréquents ;

Sans la résoudre pour les autres cas où elle peut s'élever aussi, avec une incontestable gravité.

Il est permis d'en exprimer le regret.

Quoi qu'il en soit, nous allons exposer d'abord les hypothèses, dans lesquelles les effets de cette égale et réciproque subrogation ont été réglés par la loi.

Nous examinerons ensuite, dans la dernière partie de notre division, celles des hypothèses, dont la loi n'a pas réglé les effets.

609. — L'un des cas d'application les plus importants de l'article 1251-3°, est certainement celui de l'obligation solidaire.

Aussi, le législateur a-t-il déterminé la manière dont celui des codébiteurs qui a payé le créancier, peut exercer son recours contre ses codébiteurs, en vertu de la subrogation.

Article 1213 : « L'obligation contractée solidairement « envers le créancier se divise de plein droit entre les « débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun « pour sa part et portion. »

Article 1214 : « Le codébiteur d'une dette solidaire, « qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les « autres que les parts et portions de chacun d'eux.

« Si l'un deux se trouve insolvable, la perte qu'occa- « sionne son insolvabilité, se répartit, par contribution, « entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui « a fait le payement. »

En traitant des obligations solidaires, nous avons reconnu que cette disposition a été expliquée dans l'ancien droit, et aussi dans le droit nouveau, par trois motifs :

On a dit :

1° Que si on accordait à celui des codébiteurs qui a payé, une action solidaire contre ses codébiteurs, en vertu de sa subrogation aux droits du créancier, ceux-ci, ayant un droit égal à cette subrogation, auraient, à leur tour, contre lui, une action solidaire ; et que l'on se trouverait engagé dans un circuit interminable de subrogations successives ;

2° Que, d'ailleurs, celui des codébiteurs qui a payé la dette commune, l'a éteinte à l'égard de tous les autres ; et qu'il ne peut recouvrer, par la subrogation, que les créances séparées, qui sont nées, à son profit, contre ses codébiteurs, du payement, fait par lui, de la part de chacun d'eux dans la dette ;

3° Enfin, qu'il existe, entre les codébiteurs, une sorte de société, d'où résulte une obligation mutuelle de garantie, qui s'oppose, de la part de l'un d'eux, à toute action dont le résultat serait de causer aux autres, un dommage, dont il leur devrait lui-même la réparation (comp. le t. III de ce *Traité,* n° 432).

Il faut ajouter, toutefois, que ces trois motifs ne sont pas également satisfaisants.

Toullier, dans une dissertation étendue, a entrepris de démontrer que le premier motif, déduit de la crainte d'un circuit d'actions sans fin, est *d'une fausseté évidente ;* et le savant auteur a certainement réussi, du moins dans une certaine mesure (t. IV, n° 163). En effet, la subrogation, comme le remarque M. Duvergier (*h, l,* note *a*), *ne pouvant pas être rétorquée contre le subrogeant* (art. 1252), un des codébiteurs aurait pu, après avoir payé toute la dette au créancier, exercer solidairement son recours contre les autres, *sa part confuse en lui,* sans être exposé à un recours ; et chacun d'eux aurait eu le même droit; de sorte que la dette solidaire aurait fini évidemment par s'éteindre !

Ce motif n'avait donc pas toute la force, qu'on prétendait lui attribuer.

Nous en convenons; mais ce qui est certain, c'est qu'on prétendait bien la lui attribuer.

Ce motif était, en effet, celui de Pothier, dans l'ancien droit (n° 281); et M. Bigot-Préameneu se l'est approprié, dans le droit nouveau (*Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 355-356); nous allons voir que cette observation n'est pas sans importance (*infra* n° 610).

Quant au second motif, il ne serait pas lui-même sans réplique, si on l'isolait du troisième; de ce que chacun des codébiteurs n'est tenu que pour une part dans la dette, il n'aurait pas été nécessaire de conclure que la subrogation n'aurait pas pu avoir pour effet de l'obliger à payer au delà de cette part, s'il n'existait pas, entre eux, une certaine relation de société.

Mais voilà précisément ce qui existe! une sorte de société qui les rend garants, réciproquement, les uns envers les autres, des insolvabilités de chacun d'eux (art. 1214, *in fine*).

Or, dès qu'il en est ainsi, l'action solidaire de l'un contre l'autre devient impossible!

« *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* » (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 80).

610. — C'est pourquoi la subrogation conventionnelle, que le codébiteur solidaire aurait obtenue du créancier, ne saurait produire, à son profit, plus d'effet que la subrogation légale.

Il n'aurait donc, même dans ce cas, qu'un recours divisé contre chacun de ses codébiteurs.

Comment serait-il possible qu'il se déliât, par son fait, de l'obligation de garantie, dont il est tenu envers eux? (arg. de l'art. 875; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° précité).

Toullier a, toutefois, exprimé le sentiment contraire (t. IV, n° 193).

Mais il a été repris par M. Duvergier (*h, l,* note I).

Le judicieux annotateur remarque, fort exactement, que le motif par lequel la disposition de l'article 1214 a été expliquée, dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, repousse nécessairement toute distinction entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale. Ce que l'on a dit, en effet, c'est que la subrogation de l'un des codébiteurs à l'action solidaire du créancier contre ses codébiteurs, donnerait lieu à un circuit interminable de subrogations successives. Que ce motif soit faux, ou tout au moins exagéré, nul aujourd'hui ne le conteste; mais il n'en a pas moins été le motif déterminant du législateur qui, en partant de cette donnée, a dû appliquer sa disposition à la subrogation, de quelque cause qu'elle dérive; puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, l'inconvénient qu'il voulait éviter, aurait pu, d'après lui, se produire.

Et d'ailleurs, la subrogation légale, qu'est-elle autre chose elle-même qu'une subrogation conventionnelle, que le législateur suppose intervenue entre les parties?

Historiquement, cela est de toute évidence!

Renusson intitulait ainsi son chapitre huitième : « Si un des obligés solidairement, qui a payé la totalité de la dette, *et qui a stipulé la subrogation aux droits du créancier*, peut agir solidairement contre chacun des autres co-obligés, sa part déduite et confuse. »

Et c'est la question ainsi posée, qu'il décidait par la négative; de sorte que sa décision s'appliquait précisément à la subrogation conventionnelle.

Juridiquement, en effet, on ne saurait donner à la subrogation légale d'autre base que la convention tacite des parties, que la loi elle-même reconnaît et consacre! (Comp. *supra*, n° 324; le t. III de ce *Traité*, n° 433,

Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 23; Larombière, t. III, art. 1251, n 48.)

611. — Mais ce n'est pas une subrogation conventionnelle, qui a été consentie par le créancier, à l'un des codébiteurs.

L'acte passé entre eux porte que c'est une cession.

En sera-t-il autrement?

Et le recours du codébiteur, déclaré cessionnaire, pourra-t-il s'exercer pour le tout, sa part déduite, contre chacun des codébiteurs?

M. Larombière l'admet ainsi, pour le cas, dit-il, où il s'agirait d'une cession sérieuse, qui ne serait pas destinée à masquer une véritable subrogation (t. III, art. 1251, n° 48; comp. Rodière, *De la Solidarité et de l'Indivisibilité*, n° 134).

Cette doctrine, toutefois, ne nous paraît juridique.

En vain, on invoque l'article 1594, qui porte que :

« Tous ceux à qui la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter et vendre. »

Car précisément, la loi, suivant nous, interdit au codébiteur solidaire cet achat de la créance contre ses codébiteurs.

Envers le créancier, chacun des codébiteurs est débiteur du total; il ne s'agit pas pour lui d'acheter cette créance; il s'agit de la payer; et c'est très-justement que M. Gauthier (n° 422) rappelle ici la maxime : *nemo emere videtur quod ipse debet.*

Envers ses codébiteurs, chacun des codébiteurs est tenu d'une obligation de garantie, à laquelle il ne doit pas plus pouvoir se soustraire par une cession que par une subrogation conventionnelle (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 83; Mourlon, p. 47; Duvergier sur Toullier, t. IV, n° 162, note *a*).

612. — Le législateur a réglé aussi, par une disposition spéciale, le recours de la caution contre les codébiteurs solidaires.

Après avoir disposé, dans l'article 2029, que :

« La caution, qui a payé, est subrogée à tous les droits « qu'avait le créancier contre le débiteur, »

Il ajoute, dans l'article 2030, que :

« Lorsqu'il y a plusieurs co-débiteurs solidaires d'une « même dette, la caution, qui les a tous cautionnés, a, « contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du « total de ce qu'elle a payé. »

La règle est, ici, toute différente de celle que nous venons de trouver dans l'article 1214.

Mais c'est que les situations sont, en effet, toutes différentes !

La caution ne doit rien ; elle n'est tenue que pour d'autres !

Il n'y a donc, de sa part, aucune obligation de garantie qui fasse obstacle à ce que la subrogation lui transmette, dans leur plénitude, *tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.*

Et quand l'article 2030 ajoute que : « S'il y a plusieurs co-débiteurs solidaires, la caution, qui a payé, peut agir contre chacun d'eux pour le tout, sans diviser son recours, » il ne fait que déduire une conséquence qui dérive logiquement du principe posé par l'article 2029.

615. — Les termes de l'article 2030 ne visent, toutefois, que le cas où la caution a cautionné *tous les débiteurs principaux solidaires.*

Et de là est née la question, très-controversée et très-délicate, en effet, de savoir s'il est applicable au cas où elle n'en a cautionné que quelques-uns ou même un seul d'entre eux.

Que la caution soit alors subrogée, pour le tout, contre celui des débiteurs solidaires qu'elle a cautionné, cela est certain ; c'est l'application pure et simple de l'article 2029.

Mais est-elle aussi subrogée, pour le tout, contre les autres débiteurs solidaires, qu'elle n'a pas cautionnés ?

C'est sur ce point que la controverse est des plus vives.

Un parti considérable, dans la doctrine et dans la jurisprudence, prétend que la caution n'est pas subrogée contre eux, pour le tout, aux droits du créancier, et qu'elle a seulement, du chef du codébiteur, qu'elle a cautionné, un recours divisé contre chacun des autres codébiteurs :

1° On invoque, d'abord, le texte même de l'article 2030, duquel il résulte, dit-on, clairement, en le rapprochant du texte de l'article 2029, que la subrogation aux droits du créancier n'a lieu qu'au profit de la caution, qui a cautionné *tous* les codébiteurs solidaires.

Donc, elle n'a pas lieu, au profit de la caution, qui n'en a cautionné qu'un seul !

On ajoute que l'argument *a contrario* procède ici d'autant mieux, que l'article 2030 n'aurait aucun sens, si on ne devait pas l'entendre d'une manière restrictive.

2° Cette solution, d'ailleurs, était celle de Pothier :

« Lorsque la caution, disait-il, ne s'est rendue caution que pour l'un des débiteurs solidaires, et non pas pour les autres, elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui qu'elle a cautionné; elle peut seulement, comme exerçant les droits et actions de son débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquittant la dette, aurait pu exercer contre eux et de la même manière qu'il les aurait exercées. » (n° 441.)

3° Cest que, en effet, telle est la conséquence nécessaire des principes.

Le cautionnement fourni par un seul des co-débiteurs solidaires ne crée de relation juridique qu'entre la caution et celui des co-débiteurs, qu'elle a cautionné.

Il est étranger aux autres co-débiteurs.

En fait, il est vrai, la dette garantie par la caution de l'un des codébiteurs, est bien la même, que celle dont les autres codébiteurs sont tenus.

Mais, en droit, aucun lien n'existe entre la caution et les autres co-débiteurs.

On ne peut donc pas dire que la caution soit tenue avec eux ou pour eux ; et par suite on ne peut pas invoquer, en sa faveur, la subrogation légale de l'article 1251-3°.

4° En vain objecte-t-on, ajoutent MM. Aubry et Rau, qu'il serait injuste que la caution supportât la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des autres co-débiteurs ou de celui-là même qu'elle a cautionné, alors surtout qu'elle n'eût pas subi cette perte, si le créancier, au lieu de la poursuivre, eût dirigé sa poursuite contre l'un des débiteurs solvables.

C'est précisément, répondent les savants auteurs, le résultat contraire qui serait tout à la fois inique et inadmissible en droit. Pourquoi la caution, qui n'a cautionné que l'un des co-débiteurs solidaires, serait-elle, vis-à-vis les autres, affranchie de toute chance de perte? celui des codébiteurs solidaires, que la caution rechercherait pour le total de la dette, ne serait-il pas, à son tour, subrogé contre les autres codébiteurs et contre leurs cautions, jusqu'à concurrence, du moins, de la part contributoire de chacun d'eux, soit dans la dette elle-même, soit dans la perte résultant des insolvabilités? Ne voit-on pas dès lors qu'un recours solidaire n'a pu être admis exceptionnellement en faveur de la caution qu'autant que, ayant cautionné tous les codébiteurs solidaires, elle a, contre chacun d'eux, une action personnelle pour le total de la dette.

De cette argumentation, on conclut que la caution qui n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs solidaires, n'a lorsqu'elle a payé le créancier, de recours contre les autres codébiteurs, que du chef de celui qu'elle a cautionné.

D'où résultent les conséquences suivantes :

1° Qu'elle est obligée de diviser son recours contre chacun d'eux, comme le débiteur, qu'elle a cautionné, aurait été obligé de le faire;

2° Qu'elle est soumise à toutes les exceptions, auxquelles ce débiteur aurait été soumis;

3° Enfin, qu'elle n'a aucun recours contre celui des co-débiteurs, qui n'avait pas d'intérêt personnel dans la dette, et contre lequel le co-débiteur cautionné n'aurait pas eu de recours (comp. Cass., 19 avril 1854, Mounier, Dev., 1855, I, 17; Grenoble, 30 juill. 1859, Auvigne, Dev., 1861, II, 190; Cass., 10 juin 1861, Auvigne, Dev., 1861, I, 577; Duranton, t. XXVIII, n° 355; Troplong, *Du Cautionnement*, n° 379; Ponsot, n° 261; Toullier, t. VII, p. 34; Pont, t. II, n° 278; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 687-688; Mourlon, p. 108 et suiv.; Devilleneuve, *Observations*, 1855, I, 17; Massé, *Observations*, Dev., 1861, I, 577).

614. — Si considérables que soient les autorités, qui recommandent cette doctrine, nous ne croyons pas qu'elle soit juridique.

Et nous entreprendrons de démontrer, au contraire, que la caution, lors même qu'elle n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, n'en est pas moins subrogée aux droits du créancier, et qu'elle peut, en conséquence, exercer son recours, pour le tout, contre chacun des autres codébiteurs, qu'elle n'a pas cautionnés :

1° Toute la question se réduit, en effet, à ces termes :

Est-ce aux droits du créancier, qu'elle a payé, que la caution est subrogée ?

Est-ce seulement aux droits de celui des codébiteurs solidaires, qu'elle a cautionné ?

Or, en vérité, cette question n'est-elle pas formellement résolue par le texte même de la loi ?

Aux termes de l'article 2029 :

« La caution, qui a payé la dette, est subrogée *à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.* »

Cela est clair !

Il est vrai que la première rédaction de l'article 20 du projet correspondant à l'article 2029, portait, au contraire, que :

« La caution a, pour le recours, les mêmes actions et les mêmes priviléges de subrogation, *que la loi accorde au débiteur solidaire* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XV, p. 286).

Si cette rédaction avait été maintenue, la doctrine que nous combattons, serait exacte.

Mais, précisément, cette rédaction a été changée; et la solution législative est devenue tout autre! (Locré, *loc. supra, cit.*, p, 279.)

Qu'y a-t-il maintenant?

Il y a un texte absolu, qui, sans aucune distinction, dispose que la caution, qui paye la dette, *est subrogée aux droits du créancier!*

2° Le texte est, disons-nous, absolu; et ses termes ne comportent pas de distinction.

Nous ajoutons que les principes essentiels du droit n'en comportent non plus aucune.

De ce double argument, va résulter, nous l'espérons, la preuve que l'article 2030 ne renferme pas une disposition restrictive, et que l'argument *de contrario*, que l'on en déduit, est tout à fait trompeur!

De deux choses, l'une :

Ou l'on prétend qu'il n'existe aucun rapport de dette entre la caution de l'un des codébiteurs solidaires et les autres codébiteurs;

Ou l'on prétend que la caution, qui a cautionné une dette solidaire dans la personne de l'un des codébiteurs, l'a, par cela même, aussi virtuellement cautionnée dans la personne des autres codébiteurs.

Eh bien! dans l'une comme dans l'autre alternative, la logique irrésistible des principes exige, suivant nous, que la caution, qui paye la dette, soit subrogée à l'action solidaire du créancier.

Veut-on adopter le premier parti, avec MM. Aubry et Rau ?

Nous demandons où est l'obstacle à l'application de l'article 2029, et à ce que la caution soit subrogée aux droits du créancier ?

Il n'existe, disent les savants auteurs, aucun rapport de droit entre cette caution de l'un des codébiteurs et les autres codébiteurs !

Tant mieux ! pourrions-nous répondre ; car il n'existe alors aucun obstacle à sa complète subrogation.

Pourquoi celui des codébiteurs, qui paye le créancier, voit-il l'effet général de la subrogation s'amoindrir exceptionnellement dans ses mains ? Pourquoi ne peut-il exercer qu'un recours divisé ?

C'est, précisément, parce qu'il existe, entre lui et ses codébiteurs, un rapport de droit qui l'oblige à la garantie et qui commande cette égalité.

Or, on prétend qu'aucun rapport de droit n'existe entre la caution de l'un des codébiteurs et les autres codébiteurs ;

Ce qu'il faut donc en conclure, ce n'est pas qu'elle est tenue de diviser son recours !

C'est, tout au contraire, qu'elle n'est pas tenue de le diviser !

3° Veut-on adopter le second parti ?

La même conclusion sera aussi nécessaire.

Et, à notre avis, c'est ce second parti qui est le seul juridique.

Nous croyons, en effet, que la subrogation légale aux droits du créancier, qui est instituée par l'article 1251-3°, appartient à la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, aussi bien qu'à celle qui a cautionné tous les codébiteurs.

C'est bien pour cela que nous disons que l'article 2029, qui n'est qu'une conséquence de l'article 1251-3°, est applicable à l'une comme à l'autre.

La caution, en effet, lors même qu'elle n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires, n'en est pas moins tenue de la même dette, pour les autres codébiteurs;

Or, cette condition est la seule que l'article 1251-3° exige pour la subrogation de plein droit qu'il accorde;

Donc, cette subrogation doit aussi lui appartenir.

Telle est la conséquence du caractère essentiel de la solidarité.

Quand je me porte, envers le créancier, caution de l'un de ses codébiteurs, qu'est-ce que je lui promets?

Je lui promets le payement de la dette par l'un ou par l'autre de ses débiteurs principaux.

Oui, par l'un ou par l'autre!

Si bien que je serai libéré de mon cautionnement aussitôt, en effet, que l'un ou l'autre des codébiteurs aura payé.

Et voilà comment, par la force même des choses, la caution de la dette de l'un se trouve fatalement liée à la dette des autres, puisque la dette des uns et des autres est la même! (art. 1200.)

On a invoqué, contre notre doctrine, l'autorité de Pothier.

Eh bien! c'est dans Pothier lui-même, que nous puiserons notre réponse.

Voici comment il s'exprime :

« On peut même dire que celui qui s'est rendu caution pour l'un d'entre plusieurs codébiteurs solidaires, est aussi, en quelque façon, caution des autres; car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à toutes. »

D'où l'excellent auteur va jusqu'à conclure que :

« Cette caution est bien fondée à demander la discussion, non-seulement de celui des débiteurs pour lequel elle s'est rendue caution, mais encore celle des autres débiteurs principaux. » (n° 413.)

Comment serait-il possible, après cela, de lui refuser la subrogation aux droits du créancier, pour le tout, contre chacun des codébiteurs, qu'elle a, en effet, libérés pour le tout, en payant une dette qui n'est, pour aucune part, la sienne !

4° On objecte que celui des codébiteurs non cautionnés, que la caution rechercherait pour le total de la dette, serait, à son tour, subrogé contre chacun de ses codébiteurs et contre leur caution, jusqu'à concurrence du moins de la part contributive de chacun d'eux, soit dans la dette elle-même, soit dans les insolvabilités ; de sorte que ce que le codébiteur aurait été obligé de payer à la caution, par l'effet de la subrogation qu'elle aurait obtenue contre lui, la caution serait obligée de le lui rendre, par l'effet de la subrogation que le codébiteur obtiendrait, à son tour, contre elle; ce qui entraînerait un circuit vicieux de subrogations réciproques.

Mais nous n'admettons nullement le principe du recours qui sert de base à cette objection.

Non ! le codébiteur solidaire n'a pas de recours contre la caution, même seulement jusqu'à concurrence de la part contributive de celui qu'elle a cautionné.

Très-grande est, en effet, la différence entre la caution de l'un des codébiteurs solidaires et les autres codébiteurs !

Ceux-ci sont des débiteurs directs et principaux; tandis que celui qui s'est porté caution, n'est qu'un débiteur secondaire et accessoire ;

La caution s'est obligée seulement envers le créancier, point envers les autres codébiteurs !

Elle a garanti, envers le créancier, le payement de la dette ;

Elle n'a pas garanti, envers les autres codébiteurs, leur recours contre le codébiteur, qu'elle a cautionné ; et la perte qu'on voudrait lui faire subir de ce chef, dans l'intérêt des autres codébiteurs, serait véritablement sans cause!

Si donc, c'est l'un des codébiteurs non cautionnés qui a payé le créancier, l'obligation de la caution du codébiteur cautionné est entièrement éteinte.

Car elle est entièrement remplie !

Et si c'est la caution, qui a payé le créancier, elle est entièrement subrogée aux droits du créancir contre les autres codébiteurs.

Ce résultat est-il excessif?

Il ne l'est, suivant nous, en aucune façon !

Pour s'en convaincre, on n'a qu'à supposer que c'est un tiers, un étranger, qui, sans s'être d'avance porté caution de l'un des codébiteurs, est venu payer la dette solidaire, au nom de l'un d'eux, au créancier, qui a consenti, à son profit, une subrogation conventionnelle, dans les termes de l'article 1251-2°.

Ce tiers, subrogé conventionnellement, aura-t-il un recours, pour le tout, contre chacun des codébiteurs solidaires, sans être exposé à un recours des codébiteurs contre lui ?

Évidemment, oui !

Eh bien ! pourquoi n'en serait-il pas de même de celui qui, après avoir cautionné l'un des codébiteurs solidaires, a payé le créancier, en vertu de ce cautionnement?

Où serait le motif d'une différence dans les effets de la subrogation ?

S'il pouvait y en avoir une, ce serait plutôt en faveur du tiers qui s'est porté caution, qu'en faveur du tiers qui a payé spontanément ; et la preuve que le premier est plus favorable que le second, c'est que l'un est subrogé de plein droit par la loi, et point l'autre.

L'un des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 1854, est que « *la justice ne permet pas que la position des autres codébiteurs puisse être aggravée à leur insu et sans leur participation, par cette circonstance que le payement aurait été fait par la caution de l'un d'eux, au*

lieu de l'être par lui-même..... » (Mounier, Dev., 1855, I, 17.)

Mais cette objection, si elle était fondée, s'adresserait à toute la théorie de la subrogation; nous avons vu, en effet, qu'elle n'a pas manqué de lui être faite!

La subrogation en a triomphé pourtant, et très-justement; car la réponse est bien simple!

C'est que, si le payement n'avait pas été fait par la caution, le créancier n'aurait pas été payé, et que l'action solidaire serait encore dans ses mains.

Qu'importe, dès lors, aux autres codébiteurs, que cette action soit dans les mains de la caution subrogée ou dans les mains du créancier?

Leur position n'en peut pas être aggravée; elle pourrait même en être parfois améliorée!

Nous concluons donc que la caution de l'un des codébiteurs solidaires est subrogée à tous les droits, que le créancier, qu'elle a payé, avait contre les autres codébiteurs.

D'où il suit :

1° Qu'elle peut exercer son recours pour le tout, sans le diviser, contre chacun d'eux, même contre celui qui, n'ayant aucun intérêt dans la dette, n'en doit, en définitive, supporter aucune part;

2° Qu'elle n'est pas soumise aux exceptions, que les autres codébiteurs auraient pu opposer au codébiteur qu'elle a cautionné, et auxquelles le créancier n'aurait pas été lui-même soumis.

Ces deux déductions se tiennent inséparablement!

La Cour de cassation les avait réunies d'abord, en consacrant, dans son arrêt du 19 avril 1854, la doctrine que nous avons entrepris de combattre.

Mais elle les a séparées dans son arrêt du 10 juin 1861 (Auvigne, Dev., 1861, I, 577).

Et, tout en maintenant la doctrine consacrée par son premier arrêt, que *la caution, qui n'a cautionné que l'un des*

codébiteurs solidaires, n'a d'action contre les codébiteurs non cautionnés par elle, que pour leur part seulement dans la dette solidaire;

La Cour suprême décide que le codébiteur non cautionné ne peut pas opposer à la caution de celui des codébiteurs qu'elle a cautionné, les exceptions qu'il pourrait opposer à ce codébiteur lui-même.

Il faut voir comme les partisans de la doctrine, que nous avons combattue, se récrient!

C'est une *contradiction manifeste!* dit M. Massé (Dev., 1861, I, 577, *Observations*).

L'inconséquence est palpable! disent MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 688).

Si vive qu'elle puisse paraître, nous comprenons cette émotion!

Le coup, qui vient d'être porté à leur doctrine, est mortel; il faudra qu'elle y succombe!

Ce que la Cour de cassation décide, effectivement, par cet arrêt, c'est qu'on ne saurait prétendre que l'action de la caution, qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, *procède d'une prétendue subrogation aux droits du débiteur cautionné, et non de la subrogation légale aux droits du créancier, qui a reçu son payement...; c'est que l'action accordée à la caution qui a payé la dette, trouve son fondement dans les droits qui appartenaient au créancier désintéressé, et non dans ceux qu'aurait pu exercer le débiteur cautionné, s'il eût payé lui-même.*

Nous ne disons pas autre chose.

Et telle est tout à fait notre prémisse.

Mais, cette prémisse une fois admise, la conséquence nous paraît fatale!

Si la caution est subrogée aux droits du créancier, elle ne peut pas plus que le créancier, être tenue de diviser son recours;

Pas plus qu'elle n'est tenue de subir les exceptions, que le créancier n'aurait pas été tenu lui-même de subir!

Comp. Marcadé, t. IV, nos 717 et suiv.; Gauthier, nos 433 et suiv.; Larombière, t. III, art. 1251, n° 50.)

615. — Parmi les jurisconsultes, qui prétendent que la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, ne peut pas, en vertu de la subrogation légale, exercer son recours pour le tout contre les autres codébiteurs, quelques-uns admettent que cette caution pourra exercer son recours pour le tout, en vertu de la subrogation conventionnelle, si elle l'obtient du créancier (comp. Duranton, t. XVIII, n° 355; Taulier, t. VII, p. 34; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 688);

Tandis que les autres n'admettent pas que la caution puisse obtenir, par la subrogation conventionnelle, le recours pour le tout, qui ne résulte pas, suivant eux, de la subrogation légale (comp. Ponsot, *Du Cautionnement*, n° 261; Troplong, *Du Cautionnement*, n° 379; Rodière, *De la solidarité*, nos 133 et 138; Pont, t. II, n° 279).

Nous tenons à signaler ce nouveau schisme, qui devient encore un argument contre leur doctrine commune.

Pour notre part, si nous partagions cette doctrine, nous n'hésiterions pas à nous ranger du parti de ces derniers, qui nous paraissent demeurer plus fidèles à leur principe que les autres, qui, en admettant la possibilité d'une subrogation conventionnelle, font, suivant nous, une concession très-compromettante :

1° En effet, si la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, ne peut pas exercer d'autre subrogation que celle qui appartient à celui des codébiteurs qu'elle a cautionné, la conséquence en est qu'elle ne peut avoir d'autres droits que les siens; et telle est la conséquence, que les partisans de cette doctrine en déduisent;

Or, celui des codébiteurs qu'elle a cautionné, ne pourrait pas obtenir, par la subrogation conventionnelle, le recours pour le tout, qui n'est pas compris, pour lui, dans la subrogation légale (*supra* n° 610);

Donc, la caution qui n'a cautionné que lui, ne doit pas non plus, dans ce système, pouvoir l'obtenir.

2° Nous avons vu, d'ailleurs, que dans les cas où la subrogation légale existe, la snbrogation conventionnelle ne saurait y rien ajouter.

Et cela est bien simple, puisque la subrogation légale n'est elle même que la subrogation conventionnelle, que la loi suppose tacitement intervenue entre les parties.

La loi, dans cette supposition d'une convention tacite de subrogation, va aussi loin, en effet, que pourrait aller, légitimement et équitablement, une convention expresse.

Or, il existe, dans le cas qui nous occupe, une subrogation légale au profit de la caution; car nous ne saurions admettre cette proposition de MM. Aubry et Rau, qu'il y a ici *absence de subrogation légale* (t. IV, p. 688).

Comment! la caution, même seulement de l'un des codébiteurs solidaires, ne serait pas du tout légalement subrogée! cela nous paraît inadmissible, en présence des articles 1251-3° et 2029!

Elle a donc, disons-nous, à son profit, la subrogation légale! (Comp. Cass., 10 juin 1861, Auvigne, Dev., 1861, I, 577.)

Et par conséquent, elle a, en matière de subrogation, le maximum des droits qu'elle peut avoir!

3° Reconnaître enfin, que la subrogation conventionnelle pourrait lui procurer un recours pour le tout contre les codébiteurs, qu'elle n'a pas cautionnés, c'est reconnaître, bien entendu, que le recours pour le tout est possible, et qu'il ne rencontre, dans le droit, aucun obstacle;

D'où nous concluons, par une déduction non moins nécessaire, que c'est reconnaître qu'il est compris dans la subrogation légale!

Car la subrogation légale comprend tout ce que pourrait comprendre la subrogation conventionnelle.

616. — L'article 2033 applique aux cofidéjusseurs

la même exception, que l'article 1213 applique aux codébiteurs solidaires :

« Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur, pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. »

La même exception, disons-nous.

La règle, en effet, est que le subrogé a les mêmes droits que le créancier, qu'il a payé ;

Or, le créancier pouvait agir, pour le tout, contre chacune des cautions ;

Donc, régulièrement, chacune des cautions, subrogée au créancier, aurait dû pouvoir agir pour le tout contre les autres (comp. le t. III de ce *Traité*, n° 432).

Mais le législateur a justement considéré que leur position, les unes envers les autres, exigeait cette exception.

Le motif n'en est pas absolument dans la crainte qui a si fort préoccupé nos anciens, d'un circuit vicieux de subrogations successives; nous nous sommes déjà expliqué sur ce point (*supra* n° 609).

C'est l'*équité*, nous entendons l'équité juridique, qui commandait surtout, entre les cofidéjusseurs, cette *égalité* !

Leur situation, en effet, est la même !

Obligés tous accessoirement pour une dette qui n'est celle d'aucun d'eux, il a paru juridique et équitable que leur sort fût le même, et que la répartition de la perte eût lieu sur chacun d'eux, pour sa part et portion.

617. — Voici, enfin, une hypothèse encore que la loi a prévue, et dans laquelle elle consacre aussi une exception au principe général de la subrogation.

Aux termes de l'article 875 :

« Le cohéritier ou successeur à titre universel qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la

dette commune, n'a de recours, contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier, qui a payé la dette, se serait fait subroger aux droits des créanciers; sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier. » (ajout. art. 876).

Nous avons fourni ailleurs, sur cette disposition, des développements, auxquels il suffit de nous référer.

Remarquons seulement qu'elle rentre aussi dans l'explication, qui précède (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, nos 77 à 80).

618. — Une grave question s'est élevée sur ce texte, à savoir :

Si l'un des cohéritiers ou autres successeurs à titre universel peut agir hypothécairement, pour le tout, contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, détenteurs d'immeubles hypothéqués :

1° Lorsque, étant légataire par préciput d'un immeuble grevé d'hypothèque, il a payé la totalité de la dette au créancier (art. 874);

2° Lorsque, étant lui-même, de son chef, créancier hypothécaire du défunt, il poursuit le payement de sa créance, déduction faite de sa portion, qui s'est éteinte en lui par confusion;

Question fort controversée, dans l'une et dans l'autre hypothèse.

Nous avons pensé, pour notre part, que l'obligation réciproque de garantie, qui existe entre les cohéritiers ou successeurs à titre universel, obligation sur laquelle l'article 875 est principalement fondé, s'opposait, dans l'une et dans l'autre, à une action pour le tout.

Et nous persistons à le penser ainsi (comp. notre *Traité* précité, t. V, n° 81).

619. — Faut-il appliquer aux tiers-détenteurs des immeubles hypothéqués à la dette, la même exception que nous venons d'appliquer aux codébiteurs, aux cofidéjusseurs, aux cohéritiers?

La loi est muette.

Et il n'existe, en ce qui les concerne, aucun article semblable aux articles 875, 1213 et 2033, que nous puissions rattacher à l'article 1251-3°.

Nous réservons donc cette dernière thèse, pour le moment, où nous examinerons les effets de la subrogation (*infra* n°s 656 et suiv.).

IV.

DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE QUI A PAYÉ, DE SES DENIERS, LES DETTES DE LA SUCCESSION.

SOMMAIRE.

620. — Voici, enfin, le quatrième et dernier cas de subrogation de plein droit.

L'article 1251-4° l'établit :

« Au profit de l'héritier bénéficiaire, qui a payé de ses deniers les dettes de la succession. »

621. — La subrogation légale au profit de l'héritier bénéficiaire a été instituée par notre ancien droit.

Lebrun la considérait « comme très-juste et très-né-

cessaire pour l'encourager à démêler, au plus vite, les affaires de la succession. »

Et il la fondait ingénieusement aussi sur ce motif « que l'héritier bénéficiaire ne paye les dettes de la succession que pour fortifier son droit et le rendre plus avantageux, de même qu'un créancier postérieur, qui en rembourse un antérieur. » (*Des Successions*, liv. III, chap. IV, n° 19; comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 188; Renusson, chap. VII, n[os] 76-77; Boucheul, *Cout. du Poitou*, art. 278, n° 67; Bretonnier, v° *Subrogation*, t. II, p. 282.)

622. — Notre Code l'a maintenue, avec grande raison sans doute!

L'héritier bénéficiaire, n'étant pas tenu sur ses biens personnels des dettes de la succession, a un recours contre elle, lorsqu'il les paye de ses deniers (art. 802). La subrogation pouvait donc lui être accordée pour ce recours.

Il est vrai que ce même motif semblait, à un autre point de vue, devoir, au contraire, la lui faire refuser.

Puisqu'il n'est pas tenu, en effet, ni personnellement, ni réellement, du payement des dettes de la succession, c'est volontairement qu'il les paye!

Or, la loi, en général, n'accorde pas la subrogation de plein droit à celui qui paye la dette d'un autre, sans pouvoir y être contraint, lors même qu'il a intérêt à faire ce payement.

Mais le payement fait par l'héritier bénéficiaire des dettes de succession avec ses propres deniers, se recommande par des motifs si sérieux, que le législateur aurait manqué, on peut le dire, de prévoyance et de justice, s'il lui avait refusé le bénéfice de la subrogation.

L'héritier bénéficiaire, en effet, qui ne connaît peut-être pas exactement les forces de la succession, pourrait en craindre l'insuffisance, et ne pas oser faire des avances, qu'il serait exposé à perdre.

La subrogation l'y convie et l'y encourage !

Pour qu'il puisse mener à bonne fin, le plus promptement et le plus économiquement possible, la liquidation de la succession.

Les circonstances sont inopportunes peut-être pour la vente de telle valeur héréditaire, qui n'atteindrait pas son véritable prix; eh bien ! il payera de ses deniers, pour empêcher une perte, pour prévenir une contestation ; pour écarter un créancier impatient; pour épargner des procédures regrettables et qui pourraient atteindre la mémoire du défunt.

Il y va certainement de son intérêt à lui-même; car ce qui restera des biens héréditaires, après les dettes payées, lui appartient ; et sous ce rapport, on pourrait dire qu'il est tenu, en quelque sorte, réellement du payement de ces dettes !

Mais il y va aussi de l'intérêt des créanciers, auxquels il importe que la succession ne soit pas dévorée en frais, et que la liquidation en soit vivement et économiquement conduite ; ils seraient des ingrats, s'ils contestaient à l'héritier le bénéfice de cette subrogation, qui peut leur être utile, sans pouvoir leur nuire !

623. — I. C'est à l'héritier bénéficiaire, que le texte de l'article 1251-4° accorde la subrogation ; c'est-à-dire à celui qui a rempli les conditions établies par la loi pour l'acceptation bénéficiaire d'une succession. (Art. 793 et suiv.)

624. — Le curateur à la succession vacante pourrait-il invoquer le bénéfice de cette subrogation ?

L'affirmative paraît avoir été généralement admise par nos anciens auteurs. (Comp. Renusson, chap. VII, n°s 76-77 ; Argou, liv. IV, chap. v, t. II, p. 354 ; Bretonnier, v° *Subrogation*, t. II, p. 283 ; Duparc-Poulain, *Principes de droit franç.*, t, VIII, p. 236, n° 95.)

Et elle a été encore enseignée, sous le droit nouveau. (comp. Toullier, t. IV, n° 155 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, t. II, n° 1272.)

Mais il est, suivant nous, manifeste que cette doctrine est contraire;

Soit au texte de la loi, puisque l'article 1251-4° n'accorde taxativement la subrogation qu'à l'héritier bénéficiaire;

Soit au motif, sur lequel cette subrogation est fondée, puisque, à la différence de l'héritier bénéficiaire, qui est véritablement héritier et propriétaire des biens de la succession, le curateur n'est qu'un administrateur, et, comme on l'a dit même, un *simple commis!* (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 430.)

Et, puisque la subrogation est de droit étroit, on ne saurait l'étendre en un tel cas, au delà des termes de la loi. (Comp. Duvergier, sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a;* Mourlon, p. 476-477; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 184; Gauthier, n° 550; Larombière, t. III, art. 1251, n° 79.)

625. — 2° La condition à laquelle cette subrogation est soumise, c'est, comme toujours, un payement;

Le payement fait par l'héritier, avec ses propres deniers, des dettes de la succession.

Il n'y aurait donc pas subrogation à son profit, s'il payait avec les deniers de la succession.

Car ces deniers, c'est à la succession, qu'ils appartiennent; on peut même dire qu'ils appartiennent aux créanciers dont ils sont le gage.

Mais la subrogation n'en a pas moins lieu, au profit de l'acquéreur, qui paye, avec son prix, les créanciers auxquels l'immeuble par lui acquis, est hypothéqué.

Et pourtant, ce prix, qui est dû par l'acquéreur, forme aussi le gage des créanciers.

Il est vrai!

Mais c'est en son nom, que l'acquéreur le paye; c'est pour se libérer d'une obligation, dont il est tenu.

Tandis que l'héritier bénéficiaire, qui paye les dettes héréditaires avec les deniers de la succession, paye au

nom de la succession elle-même; il ne s'acquitte d'aucune obligation.

626. — Il ne faut pas d'ailleurs hésiter à comprendre sous ces mots : *les dettes de la succession;*

Non-seulement les dettes proprement dites;

Mais encore, plus généralement, les charges de la succession (art. 724);

Et par conséquent :

Les legs aussi ;

Comme également les droits de mutation (comp. notre *Traité des Successions*, t. II, nos 520 522 et t. III, n° 207; Rouen, 5 avril 1845, Dev. 1846, II, 324; Bordeaux, 1 déc. 1846, Dev. 1847, II, 238; Bordeaux, 15 fév. 1849, Conte, Dev., 1849, II, 536; Grenoble, 21 mars 1850, Dev., 1850, II, 539; Paris, 19 janv. 1854, Chopin, Dev., 1854, II, 752; Duranton, t. XII, n° 177; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 185; Larombière, t. III, art. 1251, n° 72.)

627. — 3° Cette subrogation transmet à l'héritier bénéficiaire les droits et actions des créanciers, qu'il a désintéressés.

Telle est, en effet, la règle, que le subrogé succède aux droits du subrogeant dans leur plénitude.

Il faut donc l'appliquer à l'héritier bénéficiaire; car aucun texte, ni aucun principe, ne nécessite une exception, en ce qui le concerne.

628. — Il faut, disons-nous, la lui appliquer, dans la limite, bien entendu, de la subrogation, que la loi lui accorde, et en tant qu'il paye, de ses deniers, les dettes, dont il pouvait être tenu sur les biens, qu'il a recueillis.

Une succession échoit, par moitié, à Pierre et à Paul.

Pierre l'accepte sous bénéfice d'inventaire.

Et le défunt ayant laissé une dette de 100 000 francs, chirographaire et divisible ;

Pierre, dont la part, dans cette dette, n'est que de

moitié, 50 000 francs, paye néanmoins, de ses deniers, le tout au créancier, 100 000 francs.

Sera-t-il subrogé pour le tout?

Non, sans doute, mais seulement pour moitié.

Lorsque l'article 1251-4° déclare subrogé de plein droit, l'héritier bénéficiaire, qui paye *les dettes de la succession*, il suppose virtuellement qu'il pouvait être contraint de les payer sur les biens, qu'il a recueillis; tel est le motif qui a fait instituer, à son profit, cette subrogation; (comp. *supra*, n° 622.)

Or, l'héritier bénéficiaire ne pouvait être contraint de payer, sur la part de biens par lui recueillis, que la part de dettes, qui lui était afférente, d'après sa vocation héréditaire;

Donc, s'il a payé au delà, c'est qu'il l'a bien voulu; car le bénéfice d'inventaire ne fait pas obstacle à la division des dettes.

Au delà donc de sa part, il n'a pas plus droit à la subrogation légale, que tout étranger, qui serait venu payer par intervention.

Ce n'est qu'autant que la dette serait hypothécaire ou indivisible, qu'il pourrait être subrogé, pour le tout, aux droits du créancier;

Parce que, dans ce cas, en effet, il aurait pu être contraint, pour le tout, sur les biens, qu'il a recueillis comme héritier bénéficiaire. (Comp. Duranton, t. XII. n° 179; Larombière, t. III, art. 1251, n° 73.)

629. — Mais, dans la limite de la subrogation, que la loi lui accorde, l'héritier bénéficiaire acquiert tous les droits du créancier, qu'il a payé:

Soit contre les créanciers de la succession, et les légataires;

Soit contre ses cohéritiers, détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette payée par lui.

630. — Contre les créanciers de la succession, et contre les légataires, il pourra exercer le privilége ou

l'hypothèque, dont la créance par lui payée était munie ;

Au même rang, *ut ordo servetur*, puisque c'est, dans ses mains, le même privilége et la même hypothèque.

631. — Pareillement, il pourra exercer son recours hypothécaire, pour le tout, contre ses cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette, sans être obligé de le diviser contre chacun d'eux, en proportion de sa part héréditaire.

Telle est la conséquence de l'article 802, d'après lequel l'héritier bénéficiaire conserve le droit de réclamer contre la succession le payement de sa créance.

Et c'est aussi ce qui résulte de l'article 875, qui lui réserve même formellement, en le distinguant de l'héritier pur et simple, le droit de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier.

Cet article a-t-il en vue précisément le cas, qui nous occupe, où l'héritier bénéficiaire a payé, de ses deniers, une dette de la succession ?

Nous le pensons ainsi, et qu'il existe une corrélation entre l'article 875 et l'article 1251-4°. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 84.)

On a soutenu, il est vrai, qu'il s'agit, dans l'article 875, du cas où l'héritier bénéficiaire avait, de son chef, une créance personnelle contre le défunt, et que le cas prévu par cet article 875 ne doit pas être confondu avec le cas prévu par l'article 1241-4°.

Mais peu importe, suivant nous !

Car, dans l'un comme dans l'autre, l'action hypothécaire pour le tout appartient à l'héritier bénéficiaire contre ses cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la créance, qui se trouve dans ses mains, soit de son chef, soit comme subrogé.

632. — L'action hypothécaire pour le tout, que nous reconnaissons à l'héritier bénéficiaire contre ses cohéritiers, ne peut être exercée, d'ailleurs, que déduction

faite de sa part contributive dans les dettes, ou du moins de l'émolument, qu'il a recueilli dans la succession.

633. — Et encore, n'y aurait-il lieu à aucune déduction, s'il faisait l'abandon de tous les biens de la succession, conformément à l'article 802 (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, nº 205, et t. V, nº 84; Larombière, t. III, art. 1251, nºs 74-75).

III.

QUELS SONT LES EFFETS DE LA SUBROGATION ?

SOMMAIRE.

634. — Exposition. — Division.
635. — Suite.
636. — I. Quels sont, en règle générale, les droits que la subrogation transmet au subrogé ?
637. — Suite. La subrogation a effet contre les cautions.
638. — Et contre les tiers-détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette.
639. — Suite.
640. — Le subrogé succède à l'action en garantie, que le subrogeant pouvait avoir contre des tiers, à raison de sa créance. — Exemples.
641. — Le subrogé succède aussi à l'action en résolution, qui appartenait au vendeur contre l'acquéreur, pour défaut de payement du prix.
642. — La subrogation d'ailleurs ne peut transmettre au subrogé que ceux des droits du créancier, qui existent encore au moment où elle s'opère.
643. — Mais, après la subrogation, c'est au subrogé qu'appartiennent les droits qu'elle lui a transmis. — Conséquence.
644. — La validité de la subrogation n'est pas subordonnée à la nécessité d'une inscription. — Observation.
645. — II. La règle d'après laquelle la subrogation transmet au subrogé tous les droits du subrogeant, comporte un certain nombre d'exceptions. — Ces exceptions dérivent : soit de la convention des parties, soit de la loi.
646. — *a.* La convention des parties peut diminuer les effets de la subrogation. — Explication.
647. — *b.* La loi elle-même a modifié et restreint, dans certains cas, les effets de la subrogation. — Renvoi.
648. — Mais il y a, en outre, deux situations que la loi n'a pas prévues et qui soulèvent des difficultés graves, à savoir : I. Celle de la caution dans ses rapports avec le tiers-détenteur, et du tiers-détenteur dans ses rapports avec la caution; — II. Celle des tiers-détenteurs dans leurs rapports réciproques les uns envers les autres.

634. — L'article 1252 est ainsi conçu :

« La subrogation établie par les articles précédents a « lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs ; « elle ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé « qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, « pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont « il n'a reçu qu'un payement partiel. »

Il nous reste à examiner, sur ce texte qui représente la dernière partie de notre division :

I. Quels sont, en règle générale, les droits que la subrogation transmet au subrogé;

II. Quelles sont les exceptions, que la règle comporte;

III. Enfin, si la subrogation peut nuire au créancier.

635. — Ce sont là trois points qu'il nous a fallu, plus d'une fois, aborder dans le cours des développements qui précèdent, et sur lesquels nous avons, en effet, déjà fourni des explications étendues (comp. *supra*, n° 327).

Aussi ne s'agit-il que de les compléter dans le cadre spécial, que nous y consacrons.

636. — I. La règle est que la subrogation transmet au subrogé tous les droits qui appartenaient au subrogeant.

Cette règle est fondée :

D'abord, sur les textes dont la généralité absolue comprend, dans cette transmission, *les droits, actions, priviléges ou hypothèques du créancier* (art. 1249, 1250, 1251);

Et puis, sur cette base juridique que les textes consacrent, à savoir : que c'est en effet la créance elle-même qui appartenait au subrogeant, qui est transmise au subrogé (*supra* n°s 325-326).

Troplong a donc pu dire de la caution, qui est subrogée au créancier, *qu'elle peut tout ce qu'il pouvait!* (*Du Cautionnement*, n° 372.)

Cela est vrai de tout subrogé, dans la limite, bien entendu, de la créance nouvelle que le payement a fait naître à son profit.

637. — Ce n'est donc pas seulement aux droits qui appartenaient au subrogeant contre le débiteur, que le subrogé succède;

Il succède également aux droits qui lui appartenaient contre les tiers qui étaient tenus de la dette envers lui d'une manière quelconque, soit personnellement, soit réellement.

On en avait, à la vérité, autrefois douté très-sérieusement ! nous avons vu que Renusson ne voulait pas, en effet, admettre que la subrogation pût s'opérer contre les cautions (*supra* n° 438).

Le Parlement de Normandie, par un arrêt de règlement du 6 avril 1666, avait même décidé la question en ce sens (Bretonnier, v° *Subrogation*, t. II, p. 276 ; et Basnage, *Des hypoth.*, chap. x, p. 375).

C'était la doctrine aussi de Dumoulin, qui se fondait principalement sur ce qu'il importe à la caution de ne point voir substituer un créancier nouveau et inconnu au créancier ancien envers lequel elle a consenti à s'obliger, un créancier incommode et dur peut-être à un créancier facile et bienveillant ! (*sur la Coutume de Poitou*, art. 330.)

Mais cette considération, si spécieuse qu'elle puisse paraître, n'était pas décisive ; et c'est justement que le législateur ne s'y est point arrêté.

C'est le débiteur surtout, c'est la personne du débiteur que la caution a en vue, lorsqu'elle s'engage !

Envers le créancier, son engagement devient une partie intégrante de la dette ; et il n'est pas excessif de présumer que c'est ainsi qu'elle l'a consenti, pour qu'il durât tant que la dette durerait.

Le changement dans la personne du créancier ne peut donc pas avoir pour résultat de l'anéantir, soit que ce changement provienne du fait du créancier, soit qu'il provienne du fait du débiteur.

C'est pourquoi le législateur a voulu, en effet, que la subrogation s'opérât aussi contre les cautions (comp. *Observations du Tribunat*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 274).

Voilà même ce qui explique la tournure, qui pourrait, à première vue, paraître singulière, de la rédaction de l'article 1252.

C'est sur la caution que l'effort de l'article paraît, avant tout, porter !

C'est d'abord la caution que le législateur veut atteindre, la caution avant même le débiteur!

Et il l'a voulu, en effet, afin de faire cesser la controverse qui s'était élevée sur ce point, dans notre ancienne jurisprudence.

638. — Cette controverse s'était élevée aussi, plus vive encore et plus persistante, en ce qui concerne les tiers-détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette;

Si persistante même qu'elle s'est continuée sous l'empire de notre Code! (Comp. *supra*, nos 324 et 439.)

On a prétendu, surtout en ce qui concerne les tiers-détenteurs, que l'effet de la subrogation ne pouvait pas les atteindre :

1° Les textes mêmes, a-t-on dit, sont unanimes pour restreindre la subrogation aux droits et actions du créancier *contre le débiteur*.

Voilà ce que porte l'article 1250-1°;

Et tous les articles qui s'occupent de l'effet de la subrogation, le limitent de même aux droits du créancier contre ceux qui étaient obligés personnellement à la dette.

Tels sont les articles 874, 875, 1252, 2029, 2033, 2178!

Si l'article 611 accorde un recours contre le *propriétaire*, à l'usufruitier qui a payé les dettes auxquelles le fonds était hypothéqué, c'est dans la supposition, où il se place, que le propriétaire en est le débiteur.

2° On ajoute que ces textes sont conformes à la théorie fondamentale de la subrogation.

La subrogation, en effet, repose tout entière sur le principe de la gestion d'affaires.

D'où il suit qu'il ne saurait y avoir de subrogation contre le tiers, dont celui qui a payé une dette, n'a pas géré l'affaire en faisant le payement.

Or, il n'est pas possible de dire que celui qui a payé une dette hypothécaire, a géré l'affaire du tiers-détenteur, puisque celui-ci n'était pas personnellement obligé à cette dette; le payement, en éteignant l'hypothèque qui grevait son immeuble, lui a procuré sans doute une sécurité qu'il n'avait pas; mais il ne l'a pas libéré d'une dette dont il n'était pas tenu.

Et voilà comment, dans ce système, on en est venu à considérer les articles 875, 1213 et 2033, non pas comme formant des exceptions à la règle générale sur les effets de la subrogation, mais comme formant, au contraire, la règle elle-même, dont ils ne seraient que des exemples et des applications (comp. *infra*, n° 647).

Celui des cohéritiers qui a payé, par l'effet de l'hypothèque, toute la dette héréditaire, ou celui des codébiteurs solidaires qui a payé le total, ayant géré seulement, dit-on, l'affaire de chacun de ses cohéritiers ou de ses codébiteurs pour sa part et portion, ne peut avoir logiquement, contre chacun d'eux, qu'un recours pour sa part et portion.

Et il n'y a, en conséquence, que ce recours qui puisse être garanti par la subrogation (comp. Bugnet sur Pothier, t. II, p. 136 et 299.)

639. — Cette théorie, toutefois, n'a pas été admise; et nous avons déjà, par avance, démontré qu'elle ne pouvait pas l'être :

1° Et d'abord, en lui concédant même sa prémisse, qui fait de la gestion d'affaires la cause efficiente de la subrogation, il n'en faudrait pas moins lui contester la conséquence qu'elle en déduit, relativement au tiers-détenteur.

Ce n'est pas, en effet, seulement une simple sécurité que le payement de la dette procure au tiers-détenteur;

C'est la libération de son immeuble, la libération de l'obligation réelle dont il était tenu, et à l'extinction de la

quelle il était certainement intéressé ! (Art. 2167 ; comp. *supra* n° 565.)

Il est donc vrai de dire, même au point de vue des principes qui régissent le quasi-contrat de gestion d'affaires, que son affaire a été bien gérée par celui qui a fait le payement, et que celui-ci peut avoir contre lui une action propre et directe.

2° Mais c'est la théorie tout entière qu'il faut, à notre avis, écarter.

Il est facile de reconnaître que cette théorie n'est autre que celle qui prétend que la subrogation transmet seulement au subrogé les garanties accessoires de la créance, sans lui transmettre la créance elle-même.

On conçoit, en effet, que, d'après cette donnée, le subrogé ne pourrait profiter du bénéfice de la subrogation, à l'encontre d'un tiers, qu'autant qu'il aurait lui-même, contre ce tiers, une action personnelle et directe, et qu'il n'en pourrait profiter que dans la mesure de cette action.

Mais nous avons déjà réfuté cette doctrine.

Et il suffit de nous référer aux arguments par lesquels nous espérons avoir prouvé que c'est la créance elle-même que la subrogation transmet au subrogé, avec tous les droits et actions qui la constituent et qui l'accompagnent (comp. *supra* n°s 319 et 325).

Il faut, sans doute, que le subrogé ait une action propre pour obtenir le recouvrement de son avance ; il n'y aurait pas de subrogation possible, s'il n'avait fait que payer lui-même sa dette (comp. le t. III de ce *Traité*, n° 422).

Mais dès qu'il a une action en recours à exercer, il peut profiter du bénéfice de la subrogation, même à l'encontre des tiers, contre lesquels il n'aurait pas eu lui-même d'action personnelle et directe, s'il n'avait pas eu le secours de la subrogation.

Car il est substitué au lieu et place du créancier.... *in locum ejus*.

3° Quant à l'argument, que la doctrine dissidente déduit des articles 874, 875, 1252 et 2029, qui n'accordent, dit-elle, au subrogé que les droits du créancier contre les débiteurs personnels, il est facile de prouver qu'ils ne sont que démonstratifs et ne sauraient avoir la portée qu'elle leur attribue.

Le subrogé succède aux hypothèques qui appartenaient au créancier;

Or, succéder à l'hypothèque, c'est succéder au droit de préférence contre les autres créanciers hypothécaires, et au droit de suite contre les détenteurs;

Donc, c'est succéder aux droits du créancier contre les tiers!

Ce n'est pas contre le débiteur que l'hypothèque produit son effet; à l'égard du débiteur, tous les créanciers ont le même droit.

De sorte que, précisément, ce n'est qu'à l'égard des tiers que l'hypothèque peut produire la double prérogative dans laquelle elle consiste.

Et, par là, il demeure établi que, d'après les textes mêmes, la subrogation a effet contre les tiers; car les créanciers hypothécaires intermédiaires sont des tiers tout autant que les détenteurs des immeubles hypothéqués.

640. — Voilà comment le subrogé succède à l'action en garantie ou en indemnité qui appartenait au créancier contre des tiers, à raison de sa créance.

L'acquéreur d'un immeuble a payé son prix entre les mains d'un créancier hypothécaire, envers lequel le vendeur avait pris, solidairement avec un tiers, l'obligation de rapporter, dans un certain délai, main-levée des inscriptions, qui grevaient cet immeuble.

Il sera subrogé, non-seulement à l'hypothèque de ce créancier, mais encore à l'obligation que le vendeur et le tiers ont contractée envers lui, de rapporter la main-

levée des inscriptions (comp. Cass. 3 avril 1861, Marchand, Dev., 1861, I, 586).

Un créancier avait une action en responsabilité contre le notaire rédacteur de l'acte d'obligation, à raison de l'irrégularité de cet acte.

Le subrogé aura cette action contre le notaire, comme le subrogeant lui-même l'avait (comp. Cass., 9 déc. 1863, Lecoq, Dev., 1864, I, 177).

641. — « Attendu, porte cet arrêt, que la subrogation (conventionnelle), en substituant un créancier à un autre, laisse subsister la dette primitive avec tous ses accessoires.... »

C'est assez dire que le subrogé succède également à l'action en résolution qui appartenait au vendeur contre l'acquéreur, pour défaut de payement du prix.

Cette solution a été, il est vrai, contestée (comp. Coin-Delisle, *Revue crit. de Jurisprud.*, 1854, t. IV, p. 317, n° 6).

Mais, au point où nous en sommes, nous croyons pouvoir dire qu'elle dérive, comme une conséquence nécessaire, de la doctrine sur laquelle nous avons fondé toute la théorie de la subrogation (comp. Grenoble, 5 janvier 1826, D., 1826, II, 156; Bourges, 19 juin 1838, Leroy, Dev,, 1853, II, 481 en note; Rouen, 15 mai 1852, Aroux, Dev., 1853, II, 76; Paris, 30 juin 1853, Chona, Dev., 1853, II, 481; Grenoble, 13 mars 1858, Turin, Dev., 1859, II, 209; Alger, 15 juill. 1875, Dechaux, D., 1875, II, 249; Mourlon, p. 37 et 167; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 186; Larombière, t. III, art. 1251, n° 13; *voy.* toutefois *supra*, n°s 462-463).

642. — La subrogation, d'ailleurs, ne peut transmettre au subrogé que ceux des droits du créancier, qui existent encore au moment où elle s'opère.

Si donc le créancier avait laissé périr un de ses droits, ou s'il y avait renoncé, le subrogé ne pourrait pas l'obtenir, puisqu'il n'existe plus; (sauf l'application de l'article 2037, s'il y avait lieu de l'invoquer).

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que (le subrogé).... *devait prendre les choses dans l'état où elles avaient été mises* (*par le subrogeant*), *et qu'il ne pouvait faire revivre le droit hypothécaire éteint par la renonciation de ce dernier....* » (29 janvier 1855, Lesegretain, Dev., 1855, I, 81).

Cela est, en effet, d'évidence ! (Comp. le t. II de ce *Traité*, n° 499; Cass., 13 janvier 1852, Chaley, Dev., 1852, I 104).

643. — Mais aussi, après la subrogation opérée, c'est au subrogé qu'appartiennent les droits du créancier, qu'elle lui a transmis.

Il en peut, à son tour, disposer comme bon lui semble (comp. Cass., 1er juillet 1857, Delsaux, Dev., 1858, I, 206).

Et c'est à lui de veiller à leur conservation, en renouvelant les inscriptions hypothécaires en temps utile (art. 2154. Comp. *supra*, n° 556).

644. — Ce n'est pas que la validité de la subrogation, à l'égard des tiers, soit subordonnée à la nécessité d'une inscription (comp. Cass., 29 janv. 1855, précité).

Mais la prudence conseille de ne point la leur laisser ignorer.

Et, à cet effet, le subrogé devra renouveler lui-même les inscriptions qui ont été prises par le créancier.

645. — II. La règle, que nous venons d'exposer, et d'après laquelle la subrogation transmet au subrogé tous les droits qui appartenaient au subrogeant, comporte un certain nombre d'exceptions (*supra* n° 634).

Ces exceptions peuvent dériver :

Soit de la convention des parties;

Soit de la loi.

646. — *a.* Et d'abord, il est clair que la convention des parties peut y déroger.

Nous avons déjà fait cette observation, en ce qui concerne la subrogation conventionnelle, qui est consentie par le créancier (*supra*, n° 387).

Il faut l'étendre à tous les cas de subrogation, soit conventionnelle, soit légale.

Que les parties ne puissent pas augmenter, au préjudice des tiers, les effets qui dérivent de la subrogation, cela est incontestable ! car c'est une institution de droit positif, et qui a même un caractère exceptionnel.

Mais on ne comprendrait pas pourquoi les parties, au contraire, lorsqu'elles sont d'accord, ne pourraient pas diminuer les effets de la subrogation, puisque cette convention, loin de nuire aux tiers, ne peut que leur profiter.

647. — *b.* La loi elle-même a modifié la règle par quelques exceptions qui nous sont déjà connues (*supra*, n° 608).

Elles sont relatives :

Aux cohéritiers (art. 875);

Aux codébiteurs solidaires (art. 1214),

Aux cofidéjusseurs (art. 2033).

Cex textes disposent que celui d'entre eux qui a payé le total de la dette, ne peut exercer contre les autres qu'une action divisée ;

Tandis que le créancier, auquel il est subrogé, pouvait exercer une action pour le tout contre chacun d'eux.

C'est la règle ! dit l'un des systèmes dissidents.

Nous répondons, au contraire, que c'est l'exception.

Et notre preuve est, croyons-nous, déjà faite (*supra*, n°s 638-639).

648. — Mais, outre ces situations, que la loi a prévues pour les excepter formellement de la règle, il y en a d'autres dont elle ne s'est pas occupée, et dans lesquelles l'application de la règle rencontre des objections telles, que l'on a dû se demander si elles ne doivent pas en être aussi exceptées.

Ces situations sont celles :

I. De la caution dans ses rapports avec le tiers-détenteur, et du tiers-détenteur dans ses rapports avec la caution ;

II. Des tiers-détenteurs dans leurs rapports réciproques les uns avec les autres.

Nous allons les exposer successivement.

649. — I. Mettons d'abord en présence la caution d'une dette et le tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué à cette dette.

J'ai emprunté 100 000 francs à Primus ; et je lui ai donné deux garanties :

L'une, personnelle, le cautionnement de Secundus, qui s'est engagé envers lui à payer ma dette, si je ne la paye pas moi-même;

L'autre, réelle, une hypothèque, que j'ai constituée à son profit sur mon immeuble.

Ensuite, j'ai aliéné cet immeuble, qui se trouve, avant le payement de ma dette, dans les mains de Tertius, tiers-détenteur.

Tertius est un acheteur, qui m'a payé son prix sans recourir aux formalités de la purge, ou c'est un donataire.

Aux termes de l'article 1251-3°, la caution, qui a payé la dette, est subrogée aux droits du créancier (art. 2029).

Et de même, le tiers-détenteur, qui a payé la dette, est subrogé aux droits du créancier.

Si donc c'est Secundus, la caution, qui paye Primus, le créancier, il lui sera subrogé ;

Et pareillement, Tertius, le tiers-détenteur, sera subrogé à Primus, si c'est lui qui le paie.

Mais quel sera l'effet de cette subrogation ?

La caution, si c'est elle qui paye, sera-t-elle subrogée contre le tiers-détenteur ?

Le tiers-détenteur, si c'est lui qui paye, sera-t-il subrogé contre la caution ?

Il faudrait, pour l'un et pour l'autre, répondre affirmativement, si l'on s'en tenait à la règle, d'après laquelle la subrogation transmet au subrogé tous les droits, qui appartenaient au créancier (*supra*, n° 636).

Cette réponse, toutefois, n'a jamais été, croyons-nous, proposée, ni dans l'ancien Droit, ni dans le Droit nouveau.

Ce qui en résulterait, en effet, c'est que le premier des deux, qui aurait payé le créancier, soit sur poursuite, soit spontanément, se trouverait affranchi de tout le fardeau de la dette, puisque, par l'effet de la subrogation aux droits du créancier, il exercerait son recours pour le tout contre l'autre.

Un tel résultat serait certes regrettable; et il ne faudrait s'y résigner qu'autant que les textes ou les principes le commanderaient expressément;

Or, aucun texte n'a réglé d'une telle façon les rapports de la caution et du tiers-détenteur;

Et aucun des principes, qui gouvernent les différentes matières qui se trouvent en jeu dans cette controverse, ni du cautionnement, ni des hypothèques, ni de la subrogation, ne nous conduit à cette conséquence.

Tout au plus donc, devrait-on décider qu'il y a lieu à une répartition de la dette entre la caution et le tiers-détenteur, si, en effet, on admettait qu'ils ont, de part et d'autre, un droit égal à la subrogation.

Mais ce procédé de répartition, qui a réussi dans d'autres hypothèses, n'a pas non plus trouvé de partisans dans celle qui nous occupe.

Et le conflit, qui s'engage entre la caution et le tiers-détenteur, s'est toujours carrément posé en ces termes :

Est-ce la caution, qui doit être subrogée contre le tiers-détenteur, le tiers-détenteur n'étant pas subrogé contre la caution ?

Est-ce le tiers-détenteur, qui doit être subrogé contre la caution, la caution n'étant pas subrogée contre le tiers-détenteur ?

Ce sont là, en effet, suivant nous, les véritables termes de cette controverse.

La preuve en résultera des développements, qui vont suivre.

650. — Pour soutenir que le tiers-détenteur est subrogé contre la caution, et point la caution contre le tiers-détenteur, trois arguments ont été déduits : des traditions historiques ; — des textes de la loi ; — des principes généraux du droit :

1° On invoque d'abord les traditions :

Soit du Droit romain, qui, d'après la Novelle IV, chapitre II, voulait que le créancier discutât préalablement le *débiteur principal*, les *mandatores pecuniæ credendæ* et les *cautions*, avant de s'attaquer au tiers-détenteur, auquel il ne pouvait venir qu'en troisième ordre.. *et tertio loco contra detentorem;*

Soit de notre ancien Droit français, que Pothier atteste dans son Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans :

« L'exception de discussion, dit-il, est une exception que les tiers-détenteurs ont droit d'opposer contre l'action hypothécaire, pour l'arrêter jusqu'à ce que le créancier ait discuté les biens des débiteurs *et des cautions* » (n° 34; ajout., n°s 37 et 42).

2° Et pour prouver que le législateur nouveau a consacré l'ancienne doctrine, on cite deux textes de notre Code :

L'un, l'article 2023, qui ne permet pas à la caution de renvoyer le créancier à discuter ceux *des biens hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur*, et par conséquent ceux qui sont en la possession d'un tiers-détenteur;

L'autre, l'article 2170, qui permet, au contraire, au tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué de renvoyer le créancier à discuter les autres immeubles hypothéqués à la même dette, qui sont demeurés dans la possession *du principal et des principaux obligés ;* expressions, qui comprennent, dit-on, la caution aussi bien que le débiteur.

3° On ajoute que, d'après les principes, en effet, la caution, aussi bien que le débiteur, est liée personnellement à la dette.

Cette dette, elle s'est engagée envers le créancier à la payer, si le débiteur ne la paye pas;

A la différence du tiers-détenteur qui est, au contraire, étranger à la dette et qui n'a contracté envers le créancier aucun engagement !

Il est donc tout à la fois conforme aux principes du droit et à l'équité que, dans des situations si différentes, le tiers-détenteur soit préféré à la caution (comp. Troplong, *Du Cautionnement*, n° 429, et *Des Priviléges et hypothèques*, t. III, n° 800).

651. — Mais cette doctrine est, à notre avis, inadmissible.

Nous croyons pouvoir le démontrer, en reprenant chacun de ses arguments, dans l'ordre même où nous venons de les produire :

1° Et d'abord, en ce qui concerne les traditions historiques, qu'il n'y ait pas lieu de s'arrêter à la Novelle IV, cela est d'autant plus certain, que cette Novelle ne paraît avoir été reçue dans aucune des nos coutumes françaises, et que nos anciens jurisconsultes n'en ont pas tenu compte.

Ce qui serait plus grave, c'est l'autorité de Pothier.

Mais, précisément, cette autorité elle-même va échapper aux partisans de la doctrine, qui l'invoque, et se retourner contre eux !

Cette question est, en effet, l'un des très-rares exemples, dans lesquels le grand jurisconsulte a varié, et a exprimé, dans deux endroits différents de ses œuvres, sans qu'il paraisse s'en être aperçu, deux opinions diamétralement contraires !

Tandis que, dans son *Introduction* au titre XX de *la coutume d'Orléans* (n° 32), il exprime l'opinion, dont se prévaut la doctrine dissidente, que le tiers-détenteur peut

renvoyer le créancier à la discussion préalable des biens de la caution;

Il exprime, dans son *Traité des Obligations* (n° 557), une opinion tout à fait inconciliable avec la première, et qui en est la contradiction formelle.

Pothier, dans cet endroit, traite la question qui a été depuis résolue par le législateur de notre Code, par l'article 2037, à savoir :

« Si le fidéjusseur, dit-il, à qui le créancier demande le payement d'une dette, pour laquelle il s'est rendu caution, peut faire déclarer ce créancier non-recevable dans sa demande, pour ce que ce fidéjusseur aurait pu répéter par la cession des actions du créancier, lorsque le créancier s'est mis, par son fait, hors d'état de les lui céder. »

Et, en admettant la négative pour le cas où c'est par une simple négligence, que le créancier a laissé périr quelque droit d'hypothèque, *soit en manquant de s'opposer aux décrets qui ont été faits, soit en manquant d'interrupter les tiers-acquéreurs ;*

Il admet l'affirmative pour le cas où c'est par un fait positif, que le créancier a renoncé à quelque droit d'hypothèque, soit au droit de préférence contre les autres créanciers, soit au droit de suite contre les tiers-acquéreurs.

Et pourquoi, dans le premier cas, le créancier qui a laissé, par négligence, périr son hypothèque, *en manquant d'interrupter les tiers-acquéreurs*, n'est-il pas déchu de son droit contre la caution ?

Le motif, qu'il en donne, est décisif !

C'est parce que la caution a pu, dans ce cas, aussi bien que le créancier, veiller à la conservation du droit d'hypothèque; *elle pouvait le sommer d'interrupter les tiers-acquéreurs !*

On ne saurait dire plus clairement que c'est la caution qui est subrogée contre le tiers-détenteur, et non le tiers-détenteur contre la caution !

Entre ces deux doctrines de Pothier, laquelle doit l'emporter ?

Nous n'hésitons pas, pour notre part, à répondre que l'avantage appartient à celle qu'il a exprimée dans son *Traité des Obligations* :

D'abord, parce que c'est là qu'il a traité *ex professo* cette thèse, qu'il n'a, au contraire, résolue qu'incidemment dans son Introduction au titre XX de la coutume d'Orléans;

Et puis, parce que cette doctrine est la seule, comme nous allons le reconnaître, qui soit conforme aux principes.

2° Telle est aussi la doctrine que, suivant nous, le texte de notre Code a consacrée.

Et nous en apportons pour preuve l'article 2037, qui consacre, en effet, de la manière la plus explicite, l'opinion que Pothier exprimait dans son *Traité des Obligations*.

Aux termes de cet article :

« La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. »

Le créancier a renoncé *au droit de préférence*, en donnant main-levée de son hypothèque au débiteur, qui avait encore l'immeuble en sa possession.

La caution est déchargée !

Et si le créancier a renoncé *au droit de suite*, en donnant main-levée de son hypothèque au tiers-détenteur ?

Évidemment, la caution est déchargée de même !

Car l'article 2037 dispose, de la manière la plus absolue, qu'elle est déchargée, lorsque la subrogation *aux hypothèques* du créancier ne peut plus s'opérer par le fait de ce créancier;

Or, l'hypothèque comprend deux attributs : le droit de préférence et le droit de suite;

Donc, la caution est déchargée, lorsque la subrogation

à l'un ou à l'autre de ces attributs ne peut plus s'opérer par le fait du créancier.

C'est textuellement la doctrine, que Pothier exprimait, dans son *Traité des Obligations*, en faveur de la caution contre le tiers-détenteur.

Est-il vrai que le législateur du Code soit tombé dans la même contradiction que Pothier, en reproduisant, dans d'autres articles, la doctrine qu'il exprimait dans son *Introduction à la Coutume d'Orléans*, en faveur du tiers-détenteur contre la caution ?

Il n'en est rien !

Les articles 2023 et 2070, que la doctrine contraire invoque, ne lui fournissent nullement, suivant nous, la preuve, qu'elle a prétendu en tirer.

L'article 2023

Il est fait uniquement dans l'intérêt du créancier, point dans l'intérêt du tiers-détenteur ! c'est l'explication qui en a été donnée, lors des travaux préparatoires du Code, par M. Chabot de Lallier (comp. Fenet, t. XIII, p. 70).

S'il ne permet pas à la caution de demander la discussion des biens hypothéqués à la dette, qui sont possédés par des tiers, c'est par le même motif qu'il ne lui permet pas de demander la discussion des biens litigieux ou situés hors du ressort de la Cour d'appel; le législateur, dans ce texte, n'a pas songé à une appréciation comparée de la situation des tiers-détenteurs et des cautions. L'unité de la rédaction témoigne que le même motif l'a porté à exclure de la discussion, par une même disposition, ces trois sortes de biens, et que, s'il a exclu les biens hypothéqués à la dette et qui sont possédés par des tiers, c'est qu'il les a assimilés, dans l'intérêt du créancier, aux biens situés hors du ressort de la Cour d'appel ou aux biens litigieux. L'article 2023 serait même inexplicable dans le système contraire; car si le tiers-détenteur avait été préférable à la caution, il était inutile de déclarer qu'il ne serait pas soumis à la discussion;

est-ce qu'il n'aurait pas eu, en effet, contre la caution une exception décisive qui rendait toute discussion impossible : l'exception de garantie !

L'article 2170 !

Il ne permet au tiers-détenteur de réquérir la discussion que des immeubles hypothéqués à la même dette, qui sont demeurés dans la possession *du principal ou des principaux obligés;* or, bien loin que ces mots comprennent, comme on le soutient, les cautions, ils les excluent, à notre avis, d'une manière formelle !

Est-ce que jamais, en effet, on a dit de la caution qu'elle est un *principal obligé ?*

Mais c'est tout le contraire !

La caution n'est qu'un *obligé accessoire;* elle n'est que cela; et ce n'est que comme cela que partout on l'appelle !

Pothier définit l'obligation des fidéjusseurs, *une obligation accessoire à celle du débiteur principal* (*des Obligations*, t. I, n° 366);

Pareillement, notre article 2023 dispose que *la caution,* qui requiert la discussion, doit indiquer les biens *du débiteur principal;* et la même antithèse se retrouve dans l'article 2039, qui dispose que « la simple prorogation de terme accordée *au débiteur principal* ne décharge pas la caution. »

Cet article 2170 lui-même témoigne de plus en plus de la préférence, que le législateur accorde à la caution sur le tiers-détenteur.

Quels sont les biens, à la discussion desquels, d'après l'article 2170, le tiers-détenteur peut renvoyer le créancier ?

Ce sont seulement les immeubles, qui sont hypothéqués à la même dette et qui sont demeurés en la possession du débiteur.

Quels sont, au contraire, les biens à la discussion desquels, d'après l'article 2023, la caution peut renvoyer le créancier ?

Ce sont tous les biens du débiteur !

Voilà pour les textes !

3° Faut-il maintenant, au point de vue des principes, de la raison et de l'équité, apprécier la situation comparée de la caution et du tiers-détenteur ?

Combien il sera facile d'établir que la préférence doit appartenir, en effet, à la caution, et que les textes qui la lui accordent, sont très-juridiques !

Le tiers-détenteur, en acquérant l'immeuble hypothéqué à la dette, a connu la charge, qui pesait sur cet immeuble, et l'obligation réelle à laquelle il se soumettait. Les hypothèques, en effet, sont publiques dans notre Droit nouveau ! Que, dans l'ancien Droit, sous le régime des hypothèques occultes, on se soit intéressé au tiers-détenteur, cela peut s'expliquer ! il ignorait ou du moins il pouvait ignorer les charges qui grevaient l'immeuble par lui acquis. Mais aujourd'hui il les connaît ! c'est sciemment qu'il accepte, en se rendant acquéreur, le poids de ces charges. N'a-t-il pas d'ailleurs un moyen pour dégrever son immeuble ? oui sans doute ! il peut le purger ; et, s'il ne le purge pas, c'est une imprudence, dont il est juste que les conséquences retombent sur lui, et non pas sur la caution qui n'y pouvait rien !

Ce tiers-détenteur est-il un acquéreur à titre onéreux, un acheteur ?

Mais c'est, en effet, une manifeste imprudence d'avoir payé son prix au vendeur, en demeurant sous le poids des hypothèques !

Veut-on que ce soit un donataire ?

Ce serait encore bien plus fort de voir le donataire rejeter sur la caution du donateur le poids entier de sa dette ; sur la caution, qui, en s'obligeant pour son bienfaiteur, a fait elle-même envers lui un contrat de bienfaisance !

Regardez, au contraire, la caution.

Que peut-on lui reprocher ?

Rien absolument!

Tant que les immeubles hypothéqués à la dette par elle cautionnée étaient en la possession du débiteur, elle avait le droit d'être subrogée aux hypothèques qui les grevaient, et au droit de préférence qui devait en résulter, pour elle, contre les autres créanciers.

Or, a-t-il pu dépendre du débiteur, en aliénant ces immeubles, d'attenter au droit de la caution et de lui enlever les garanties sur lesquelles elle avait un droit acquis.

Non, cela ne saurait être.

Car, cette aliénation, la caution n'a aucun moyen de l'empêcher.

Comment! le créancier ne pourrait pas, en donnant main-levée de son inscription hypothécaire, enlever à la caution la garantie de cette hypothèque, que la subrogation doit lui transmettre, si elle paye (art. 2037).

Le créancier ne le pourrait pas.

Et on voudrait que le débiteur eût ce pouvoir!

Le débiteur, au préjudice de celui qui l'a cautionné, et envers lequel il est, certes, bien plus directement responsable encore que le créancier!

Donc, la caution a le plein exercice du droit de suite contre les tiers-détenteurs, après l'aliénation que le débiteur a faite de l'immeuble hypothéqué ; comme elle avait, avant l'aliénation, et comme elle a encore depuis, le plein exercice du droit de préférence contre les autres créanciers (comp. Gauthier, n° 456; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 188-189; Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, X; Larombière, t. III, art. 1251, n° 19).

652.—Un système intermédiaire a toutefois proposé une distinction :

L'hypothèque a-t-elle été constituée avant ou en même temps que le cautionnement?

Il admet que la caution, en effet, aura droit à la subrogation contre le tiers-détenteur, et que le tiers-détenteur n'aura pas droit à la subrogation contre la caution.

Mais, au contraire, l'hypothèque a-t-elle été constituée postérieurement au cautionnement ?

C'est alors, d'après ce système, le tiers-détenteur, qui aura droit à la subrogation contre la caution, et non la caution contre le tiers-détenteur :

1° Dans le cas où l'hypothèque est antérieure ou au moins concomitante au cautionnement, la caution a dû prendre en considération cette hypothèque ; et on est fondé à dire que la cause déterminante de l'engagement qu'elle a contracté, a été précisément cette garantie que la subrogation devait lui transmettre, si elle était obligée de payer ;

Tandis que, dans le cas, où l'hypothèque n'a été constituée que postérieurement au cautionnement, la caution ne saurait prétendre qu'elle a compté, en s'engageant, sur la subrogation à une hypothèque, qui n'était pas encore créée.

2° Aussi, ne pourrait-elle pas, dit-on, invoquer l'article 2037 contre le créancier, qui aurait renoncé à son hypothèque, si cette hypothèque n'avait été, en effet, constituée que depuis le cautionnement (comp. Cass., 17 janv. 1831, Dev., 1831, I, 197; Cass., 12 juin 1835, Dev., 1835, I, 338; Cass., 27 nov. 1861, Dufaure-Laprade, Dev., 1862, I, 130 ; Basnage, *Des Hypothèques*, part. II, chap. VI, p. 113; Pothier, *Des Obligations*, n° 557; Mourlon, p. 84 et suiv., et p. 467).

653. — Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'admettre cette distinction; et c'est, dans tous les cas, que nous maintenons la solution, d'après laquelle nous avons conclu que la caution est subrogée contre le tiers-détenteur, et que le tiers-détenteur n'est pas subrogé contre la caution (*supra*, n° 651).

Aux arguments généraux, qui nous ont paru justifier cette solution, vient se joindre sans doute un argument spécial, dans le cas où l'hypothèque a été constituée avant ou en même temps que le cautionnement.

Et nous n'aurions garde, en effet, non plus de négliger cet argument, dans l'espèce où il se produirait.

Mais ce que nous maintenons, c'est qu'il n'est pas l'argument décisif pour la solution de notre question, et que, lorsqu'il fait défaut, cette solution doit demeurer la même :

1° C'est d'abord un point controversé que celui de savoir si, en effet, l'article 2037 n'est pas applicable au cas où les sûretés, qui ont péri par le fait du créancier, n'avaient été acquises par lui que depuis le cautionnement; et nous nous réservons d'apprécier cette thèse qui nous paraît fort contestable (comp. Duranton, t. XVIII, n° 382; Ponsot, *Du Cautionnement,* n° 334; Troplong, n° 570-571; Gauthier, n° 536).

Mais, en concédant même cette solution au système que nous venons d'exposer, notre avis est que la conséquence qu'il prétend en déduire, quant à la question de subrogation, n'en résulte nullement.

2° La question de subrogation, en effet, s'engage non pas entre le créancier et la caution, mais entre la caution et le tiers-détenteur.

Cette hypothèque, quoique postérieure au cautionnement, la voici; elle existe!

Et notre question, finalement, se réduit à ces termes :

La caution, qui paye le créancier à qui elle appartient, y sera-t-elle subrogée?

Évidemment oui, suivant nous, elle sera subrogée a cette hypothèque; car l'article 1251 ne distingue pas plus que les articles 2029 et 2033; c'est une observation que nous avons déjà faite (*supra,* n° 591).

De sorte que tous les droits et actions qui appartiennent au créancier, au moment du payement, sont transmis, en effet, par la subrogation, à la caution qui le paye.

Si l'immeuble, grevé de cette hypothèque, était demeuré en la possession du débiteur principal, la caution aurait

été subrogée au droit de préférence contre les autres créanciers.

Or, si elle devait être subrogée au droit de préférence, elle n'a pas pu le perdre, par le fait d'une aliénation, qui lui est étranger, et qu'elle n'avait pas le moyen d'empêcher.

Elle doit donc être aussi subrogée au droit de suite, qui est la garantie et la sanction du droit de préférence, qu'elle conserve.

C'est que, en effet, lorsque le créancier stipule des sûretés du débiteur principal, même postérieurement au cautionnement, il est juridique et équitable que ces sûretés profitent à la caution, qui ne s'est obligée qu'accessoirement, pour le cas où le débiteur principal ne pourrait pas satisfaire à son obligation (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 188-189; Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, X; Gauthier, n°s 483 et 536).

654. — Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, le débiteur lui-même avait constitué l'hypothèque sur son immeuble, qui était ensuite passé en la possession d'un tiers-détenteur (*supra*, n° 649).

Mais supposons que c'est un tiers qui, sans s'obliger personnellement, a constitué sur son immeuble une hypothèque au profit du créancier.

J'ai emprunté 100 000 francs de Primus; et je lui ai donné deux garanties :

L'une, personnelle, le cautionnement de Secundus;

L'autre, réelle, une hypothèque, que Tertius a constituée sur son immeuble.

Voilà donc, en effet, deux cautions : la première, personnelle; la seconde, réelle (*supra*, n° 576).

Mais cette caution réelle, c'est aussi un tiers-détenteur.

Et de là, précisément, la question de savoir s'il faut appliquer à cette nouvelle hypothèse la même solution que nous avons appliquée à l'hypothèse précédente.

En d'autres termes, est-ce comme un tiers-détenteur qu'il faut traiter Tertius ?

Est-ce comme une caution?

Il a les deux qualités.

Mais laquelle prédomine, au point de vue de la subrogation?

Troplong enseigne que c'est la qualité de tiers-détenteur qui l'emporte sur la qualité de caution; et, en conséquence, il décide que Tertius, le tiers-détenteur, a droit à la subrogation, pour le tout, contre Secundus, la caution, sans que Secundus ait droit à la subrogation contre Tertius.

Ses arguments consistent à dire :

1° Que la caution réelle n'est pas tenue de payer la dette ;

2° Qu'elle peut renvoyer le créancier à la discussion de la caution personnelle;

3° Que son obligation est moins étroite que l'obligation de la caution, qui est tenue personnellement, sur tous ses biens présents et à venir;

4° Enfin, que la caution réelle n'est, en quelque sorte, que *le certificateur* de la caution personnelle (comp. Troplong, *Du Cautionnement*, n° 427).

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible.

Nous croyons, au contraire, que c'est la qualité de caution, qui doit l'emporter sur la qualité de tiers-détenteur;

Et nous appliquerons, en conséquence, à ces deux cautions la règle qui est posée par l'article 2033 :

« Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution, qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion »;

Sauf à examiner de quelle manière devra être faite, dans ce cas particulier, la répartition de la perte entre la caution personnelle et la caution réelle (*infra*, n° 655).

Le motif essentiel d'équité, sur lequel cette disposition repose, est, en effet, applicable à notre situation, qui est bien celle que le législateur avait en vue.

Pourquoi donc l'insolvabilité du débiteur retomberait-elle sur l'un plutôt que sur l'autre, puisqu'ils ont, l'un et l'autre, contracté la même garantie envers le créancier, et qu'ils se trouvent *in pari causa?*

C'est là, il est vrai, ce que conteste la doctrine dissidente.

Mais la réfutation de ses arguments nous paraît facile.

Comment! celui qui a hypothéqué son immeuble à la dette d'un autre, n'est pas tenu de la payer!

Qu'il n'en soit pas *tenu personnellement*, cela est clair.

Mais il n'est pas moins clair qu'il en est *tenu réellement!* (art. 2168; *supra*, n° 565).

Et la preuve en est que Troplong lui-même reconnaît que, lorsqu'il a payé la dette, il est subrogé de plein droit, d'après l'article 1251-3°; or, il ne peut être subrogé, que parce qu'il est *tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette !*

Quant à l'argument qui consiste à dire que le tiers-détenteur, la caution réelle. peut renvoyer le créancier à la discussion de la caution personnelle, c'est là une interprétation inexacte, à notre avis, de l'article 2170; et nous croyons y avoir répondu (*supra*, n° 651).

Qu'importe, enfin, que, dans leurs rapports envers le créancier, la caution personnelle soit tenue sur tous ses biens, et que la caution réelle ne soit tenue que sur l'immeuble, qu'elle a hypothéqué.

Qu'importe, disons-nous, cette différente nature de leurs engagements, dans les rapports réciproques des deux cautions l'une envers l'autre!

Est-ce qu'elles n'ont pas également, l'une et l'autre garanti le payement de la dette?

C'est dénaturer, d'ailleurs, l'obligation de la caution réelle, que de vouloir faire d'elle le certificateur de la caution personnelle.

L'une n'a pas répondu de la solvabilité de l'autre.

Elles ont, toutes les deux, répondu de la solvabilité du débiteur (comp. Mourlon, p. 425 et suiv.; Ponsot, *Du Cautionnement*, n° 283; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 189; Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, XI).

655. — Mais dans quelle proportion la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur devra-t-elle se répartir entre ces deux cautions?

D'après M. Ponsot, cette répartition devrait toujours être faite, par portions viriles, entre celui qui a cautionné le débiteur, et celui qui a hypothéqué son immeuble à la dette, sans qu'il y eût lieu de s'occuper de la valeur de l'immeuble hypothéqué, comparativement au montant de la dette cautionnée (*Du Cautionnement*, n° 285).

Tel est, il est vrai, le texte de l'article 2033, lorsqu'il s'agit de plusieurs cautions personnelles; et on pourrait soutenir que dès qu'on l'invoque, il faut le prendre tel qu'il est.

Cette déduction ne nous paraît pas, toutefois, nécessaire; ou plutôt même, elle s'écarte, suivant nous, du vrai sens de l'article 2033.

Et nous croyons qu'il faut, au contraire, tenir compte de la valeur de l'immeuble hypothéqué, comparée au montant de la dette.

L'immeuble hypothéqué est-il d'une valeur supérieure ou égale au montant de la dette?

La perte résultant de l'insolvabilité du débiteur se répartira par moitié entre la caution personnelle et la caution réelle.

Mais si la valeur de l'immeuble est inférieure au montant de la dette, la répartition aura lieu, dans la proportion de cette valeur, entre la caution personnelle, considérée comme tenue de toute la dette, et la caution réelle,

considérée comme tenue seulement de la dette, jusqu'à concurrence de la valeur de son immeuble.

La dette est de 100 000 francs.

Et l'immeuble hypothéqué par la caution réelle n'est que de 40 000 francs.

La caution réelle n'a donc répondu que de la dette dans cette proportion ;

Tandis que la caution personnelle a répondu de la dette totale.

Et c'est, en conséquence, d'après cette proportion que la répartition devra s'établir.

Supposez deux cautions personnelles :

L'une, qui a répondu de la totalité de la dette, 100 000 francs ;

L'autre, qui n'a répondu que des deux cinquièmes, 40 000 francs.

La perte résultant de l'insolvabilité du débiteur serait-elle répartie entre elles par portions viriles ?

Évidemment non !

La caution, qui n'aurait garanti que 40 000 francs, ne serait tenue de contribuer avec l'autre caution que proportionnellement à la partie de la dette par elle garantie ;

Or, telle est la situation de la caution réelle, qui n'a répondu, en effet, de la dette que dans la proportion de la valeur de l'immeuble, qu'elle y a hypothéqué;

Donc, c'est se conformer à la véritable interprétation de l'article 2033, que de répartir ainsi proportionnellement la perte entre la caution personnelle et la caution réelle (comp. Mourlon ; Zachariæ, Aubry et Rau ; Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*).

656. — II. Nous avons maintenant à examiner l'effet de la subrogation dans les rapports réciproques des tiers-détenteurs les uns envers les autres (*supra*, n° 648).

Un débiteur a hypothéqué trois immeubles à un même créancier, pour une même dette de 100 000 francs.

Et il a ensuite transmis ses immeubles à trois acquéreurs différents : l'un, à Primus; l'autre, à Secundus; le troisième, à Tertius.

Aucun d'eux n'a eu recours aux formalités de la purge.

Et ils ont, tous les trois, payé leur prix au vendeur.

En cet état, le créancier s'adresse à Primus ; et, en vertu de son droit hypothécaire, il se fait payer par lui la totalité de la dette, 100 000 francs.

Le recours de Primus devrait naturellement s'exercer contre son vendeur, débiteur personnel.

Mais le vendeur est insolvable !

Et voilà comment s'élève notre question de savoir :

Si Primus, qui a payé le créancier, est subrogé à son hypothèque contre les deux autres tiers-détenteurs, Secundus et Tertius ?

Et, en cas d'affirmative, quel est, à son profit, l'effet de la subrogation?

657. — Cette question a été vivement agitée dans notre ancienne jurisprudence, surtout en ce qui concerne les co-détenteurs d'immeubles hypothéqués au service d'une rente.

Les jurisconsultes s'y étaient fort divisés.

Les uns n'admettaient, de la part du tiers-détenteur qui avait payé toute la dette, aucun recours contre les autres tiers-détenteurs ; tel était notamment l'avis de Renusson, qui trouvait, il est vrai, *la décision difficile*, mais qui, néanmoins, *toutes choses bien considérées*, concluait que l'acquéreur ayant payé *pour se conserver sa possession*, la subrogation devait être limitée, pour lui, aux hypothèques qui grevaient son immeuble (chap. v, n° 42 et suiv.).

Les autres, au contraire, accordaient au tiers-détenteur subrogé une action hypothécaire pour le tout, contre les autres tiers-détenteurs, sous la déduction seulement de sa part contributive (comp. Bacquet, *Des Droits de*

justice, chap. XXI, n° 241; Ferrières, *Cout. de Paris*, sur l'art. 108, § 4, n°s 108 et suiv.).

Il y en avait, enfin, qui ne lui accordaient, contre chacun des autres tiers-détenteurs, qu'un recours divisé en raison des portions détenues par eux des immeubles hypothéqués.

Cette doctrine paraît avoir été la plus accréditée.

Elle avait pour origine un fragment de Papinien, (5, au Titre du Digeste, *De censibus*), d'après lequel le tiers-détenteur qui avait payé une créance du fisc, pouvait, en requérant la cession d'actions, faire contribuer à la dette les autres tiers-détenteurs, jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils détenaient.... *ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant.*

C'était la doctrine de Pothier.

Après avoir posé, en principe, que le tiers-détenteur, en payant le créancier, a droit de se faire subroger à ses droits, *même contre les autres détenteurs d'héritages hypothéqués à la dette, qu'il a payée ;*

L'excellent auteur ajoutait :

« Il ne peut pas, néanmoins, les exercer solidairement contre ces tiers-détenteurs; car il se ferait un circuit d'actions; le détenteur, qui payerait le total de la dette à ce premier cessionnaire des actions du créancier, devrait à son tour être subrogé aux actions et hypothèques du créancier ; et, en vertu de cette subrogation, il exercerait les mêmes actions contre le détenteur, à qui il a payé la dette, que ce détenteur a exercées contre lui, et lui ferait rendre ce qu'il a recu de lui. » (*Traité de l'Hypothèque,* chap. II, sect. I, § 6, et *Introduct. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n° 42, comp. Loyseau, *Du Déguerpissement*, liv. II, chap. VIII, n°s 9 et suiv.).

Tel était l'etat de la doctrine ancienne.

658. — Quelle doit être la doctrine nouvelle?

Aucun article de notre Code n'a résolu, du moins directement, cette grave controverse.

Et, dans le silence des textes, nous serions, pour notre part, porté à proposer la doctrine d'après laquelle celui des tiers détenteurs qui a payé toute la dette, peut, en vertu de la subrogation, exercer un recours pour le tout, contre chacun des autres tiers détenteurs, à la charge par lui de consentir que la valeur de l'immeuble, qu'il détient, soit déduite du montant de la créance.

Notre avis est que les principes généraux doivent amener à cette conclusion.

La règle, en effet, est que la subrogation transmet au subrogé tous les droits, qui appartenaient au créancier qu'il a payé;

Or le créancier avait le droit d'agir, pour le tout, contre chacun des tiers détenteurs des immeubles, qui étaient hypothéqués à sa créance;

Donc, le même droit doit appartenir à celui des tiers détenteurs, qui lui a été subrogé.

Mais ce tiers détenteur est lui-même soumis à l'effet de la subrogation! et le même droit qu'il a contre les autres, les autres l'ont contre lui!

Nous le reconnaissons.

Et c'est pourquoi nous demandons au tiers détenteur subrogé de n'agir, pour le tout, contre les autres tiers détenteurs que déduction faite de la valeur de l'immeuble qu'il détient.

Mais, cette déduction faite, l'objection disparaît.

Et nous cherchons en vain où est l'obstacle qui s'oppose à ce que la subrogation produise, en sa faveur, la plénitude de ses effets.

Il n'est obligé qu'hypothécairement; et il satisfait à son obligation hypothécaire, en déduisant la valeur de son immeuble du montant de la dette.

Le même droit appartiendra ensuite au second tiers détenteur, qui aura payé le premier, contre les autres qu'il poursuivra à son tour; et ainsi successivement jusqu'à l'extinction totale de la dette.

Ce procédé est-il donc excessif pour les tiers détenteurs ?

Nous ne le croyons pas.

Sont-ils bien venus d'ailleurs à se plaindre ?

La loi leur offre, dans la purge, un moyen de dégrever leurs immeubles et de se mettre à l'abri de ces dangers.

Est-ce un acheteur qui a payé son prix au vendeur, sans purger ?

Il a commis une imprudence.

Est-ce un donataire ou un légataire ?

Nous lui dirons aussi qu'il pouvait purger.

Et, de plus, en ce qui le concerne, nous déclarons n'être nullement ému de voir les créanciers, qui *certant de damno vitando*, l'emporter sur ce donataire, qui *certat de lucro captando !*

659. — Il faut toutefois que nous ajoutions que ce n'est pas la doctrine, que nous venons de présenter, qui a réussi sous l'empire du Droit nouveau.

C'est la doctrine que Pothier enseignait, celle du recours divisé, que les auteurs et les arrêts modernes ont fait généralement triompher.

Nous ne voulons pas méconnaître la gravité des arguments, que cette doctrine invoque :

1° Son premier titre, et qui n'est pas le moindre, c'est qu'elle était celle de Pothier !

Les rédacteurs ont aussi, à son exemple, témoigné la crainte d'un circuit interminable de recours réciproques entre ceux qui ont un droit égal à la subrogation.

Cette crainte sans doute était, sinon chimérique, du moins très-exagérée.

Mais ils ne l'en ont pas moins éprouvée.

Et il est vraisemblable que leur volonté a été de prévenir le même mal par le même remède, que Pothier y appliquait, c'est-à-dire par la division du recours et la répartition proportionnelle de la perte entre les tiers détenteurs.

2° Ce procédé de répartition semble bien être en effet, la règle générale de notre Code en cette matière.

C'est ainsi qu'il l'applique dans des situations analogues, entre les cohéritiers, les codébiteurs solidaires et les cofidéjusseurs (art. 875, 1214, 2033).

Il est vrai qu'aucune obligation de garantie, semblable à celle qui existe entre les cohéritiers, les codébiteurs solidaires et les cofidéjusseurs, n'existe entre les tiers détenteurs des différents immeubles hypothéqués à la même dette, et que ceux-ci sont étrangers les uns aux autres.

Mais ce n'est pas seulement sur l'obligation de garantie, que sont fondés les articles 875, 1214 et 2033; ils ont aussi pour base cette grande règle d'équité, qui exige que, entre plusieurs personnes dont la situation est égale et mérite, au même degré, la faveur de la loi, la perte ne tombe pas exclusivement sur une seule, par le fait du hasard, de la fantaisie ou de la fraude, mais qu'elle soit répartie entre elles proportionnellement.

Est-ce que d'ailleurs le cohéritier, qui est poursuivi hypothécairement, n'est pas un tiers détenteur?

Or, il est tenu, malgré la subrogation, de diviser son recours contre ses cohéritiers;

Donc, la loi elle-même fait aux tiers détenteurs l'application du procédé de répartition qu'elle applique aux codébiteurs solidaires et aux cofidéjusseurs (comp. les Observations présentées par la Faculté de droit de Dijon, dans les Documents sur le régime hypothécaire, qui ont été publiés en 1844, t. II, p. 268).

3° Les conséquences de tout autre système seraient, en effet, très-regrettables!

Laisserait-on le poids entier de la dette à la charge de celui des tiers détenteurs, que le créancier aurait poursuivi le premier? (comp. Gauthier, n°s 462 et suiv.)

Mais pourquoi?

Ils étaient tous *in pari causâ*, tenus les uns avec les autres.

Or, c'est là précisément ce qui fait, d'après l'article 1251-3°, le titre à la subrogation légale, c'est d'être tenu avec d'autres !

Accorderait-on à celui que le créancier aurait poursuivi le premier, un recours pour le tout contre celui des autres tiers détenteurs qu'il lui plaisait, à son tour, de poursuivre ?

Mais l'injustice n'aurait fait que changer de place; elle frapperait le second au lieu de frapper le premier !

Et celui qu'elle frapperait, ce serait peut-être un acquéreur à titre onéreux, qui serait obligé de payer toute la dette, à côté d'un acquéreur à titre gratuit, qui n'en payerait rien !

Ou si c'était un acquéreur à titre onéreux, ce serait le plus ancien peut-être en épargnant le plus récent ! (comp. Toulouse, 19 mars 1838, Roucan, Dev. 1838, I, 458.)

Sans doute, il est permis de regretter que le législateur n'ait pas lui-même tenu compte de ces différences dans la situation des tiers détenteurs, qui ne sont pas, en effet, toujours, comme on dit, *in pari causâ !*

Mais du moins, dans son silence, faut-il s'efforcer d'appliquer à cette situation délicate le règlement le plus équitable, que les textes actuels permettent.

Et ce règlement, c'est la répartition de la perte entre tous les tiers détenteurs des biens hypothéqués à la même dette.

Tels sont les motifs, qui ont fait admettre ce système par plusieurs arrêts dans la jurisprudence et par le plus grand nombre des auteurs, dans la doctrine. (Comp. Paris, 20 déc. 1834, le duc de Brancas; et 19 déc. 1835, Lefranc, Dev., 1836, 2, 159, 163; Douai 27 mai 1840, Colonne, Dev., 1840, 2, 468; Angers, 10 mars 1841, de Laugrenière, Dev., 1841, 2, 187; Grenier, *Des Hypothèques*, t. II. n° 497; Troplong, *Des Hypothèques*, t. IV, n° 788 *ter;* Mourlon, p. 65 et suiv.; Zachariæ, Aubry et

Rau, t. IV, p. 188; Colmet de Santerre, t. V. n° 197 *bis*, VI-IX; Larombière, t. III, art. 1251, n° 28.)

660. — Quelle doit être la base de cette répartition de la dette entre les tiers détenteurs?

Papinien, en droit romain, avait répondu : «.... *pro modo prædiorum....* » (L. 5 ff. *de Censibus; supra* n° 657.)

Dans notre ancien Droit, Pothier répondait de même que celui des tiers détenteurs, qui a payé le créancier, peut faire contribuer, avec lui, à la dette les autres tiers détenteurs, *au prorata de ce que chacun possède d'héritages hypothéqués à cette dette.* (*Traité de l'hypothèque*, chap. II, sect. I, § 6.)

Et la plupart des auteurs, dans le Droit nouveau, ont fait une réponse semblable.

« Quant à la base de la répartition de la dette entre les tiers détenteurs, dit M. Larombière, si nous l'établissons sur la valeur respective des immeubles détenus par chacun d'eux, c'est d'abord que cette possession étant le principe même de leur engagement, doit également servir de mesure à leur contribution; et que ensuite le bénéfice que chacun d'eux a retiré dans le payement qui a été fait, *correspond exactement à la valeur des immeubles, dont il a entendu consolider la propriété sur sa tête* » (T. III, art. 1251, n° 29; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 188.)

Nous croyons, en effet, que cette base de répartition est la seule qui puisse être juridiquement et équitablement admise.

Mais la formule, sous laquelle elle est en général présentée, nous paraît trop absolue.

Elle sera exacte sans doute, dans le cas où la valeur des immeubles détenus par chacun des tiers détenteurs sera inférieure ou égale au chiffre de la dette; il sera vrai de dire alors que l'intérêt de chacun d'eux est proportionnel à la valeur de l'immeuble qu'il détient.

Mais il n'en sera plus ainsi dans le cas où l'un des

tiers détenteurs posséderait un immeuble d'une valeur supérieure au chiffre de la dette.

La dette est de 100 000 fr., et son immeuble vaut 200 000 fr.

Évidemment, ce n'est que jusqu'à concurrence de 100 000 fr. qu'il est intéressé à l'extinction de la dette.

S'il se trouve deux autres tiers détenteurs d'immeubles d'une valeur seulement de 100 000 fr., l'intérêt sera le même pour les trois tiers détenteurs; et la répartition devra se faire comme si l'immeuble de 200 000 fr. était aussi de 100 000 fr.

Cet amendement a été proposé par Mourlon, avec l'autorité de son illustre maître, M. Valette (p. 65 et suiv.).

Nous n'hésitons pas à penser que, en donnant à la règle ancienne une formule meilleure, il la rend plus exacte et plus conséquente avec elle-même! (Comp. Colmet de Santerre, t. V, nº 197 *bis*, VIII et IX; Gauthier, nº 475.)

661. — III. Quant à l'effet de la subrogation, en ce qui concerne le créancier, l'article 1252 dispose *qu'elle ne peut lui nuire....*

C'est la consécration de l'ancienne maxime:

Nemo censetur subrogasse contra se! (comp. Dumoulin, *De Usuris*, quæst. 89; Renusson, chap. XV; Pothier, *Cout. d'Orléans*, art. 476; Bourjon, p. 601, nº 187.)

Cette maxime, dans ses termes, ne s'appliquerait qu'à la subrogation, qui est consentie par le créancier.

Mais c'est encore à plus forte raison qu'il faut l'appliquer à la subrogation qui est consentie par le débiteur et à la subrogation légale, entre lesquelles d'ailleurs il n'existe plus de différences.

La raison en est évidente! elle dérive du principe fondamental sur lequel repose toute la théorie de la subrogation.

Le payement avec subrogation n'en est pas moins un payement, à l'égard du créancier; un payement, disons-nous, qui éteint, en ce qui le concerne, absolument la

dette et qui doit le mettre, en conséquence, au même état que s'il lui avait été fait, soit par le débiteur lui-même, soit par un tiers purement et simplement.

Voilà bien pourquoi son consentement n'y est pas nécessaire, et comment on s'en passe, s'il le refuse!

C'est que, à son égard, la subrogation est a considérer comme non avenue et qu'il doit être réputé, lui! avoir reçu un payement pur et simple. (comp. *supra* n° 333.)

Telle est la règle.

662. — L'article 1252 en déduit l'une des conséquences les plus directes et les plus importantes, en ajoutant que, lorsque le créancier n'a été payé qu'en partie, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un traitement partiel.

Paul doit 10 000 fr. à Pierre, sous la garantie d'une hypothèque.

Jules paye à Pierre la moitié de la dette de Paul, 5000 fr. avec subrogation.

Ensuite, Paul étant insolvable, l'immeuble est exproprié; et dans l'ordre, l'hypothèque de Pierre n'est colloquée que pour 5 000 fr.

Eh bien! ces 5000 francs seront touchés intégralement par Pierre, le subrogeant.

Et Jules, le subrogé, ne touchera rien de la collocation hypothécaire.

Cette disposition a été l'objet de vives critiques (comp. Duranton, t. XII, n° 186; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 189; Marcadé, art. 12.2).

M. Larombière, surtout, l'a jugée sévèrement :

« *Quelque respectable qu'elle puisse être comme antique tradition,* dit-il, *elle nous paraît injuste et irréfléchie; elle a son point de départ dans cette idée éminemment fausse que, vis-à-vis du subrogeant, le subrogé n'est qu'un negotiorum gestor, n'ayant de recours qu'à ce titre....* » (T. III, art. 1252, n° 25).

Nous ne pensons pas que cette appréciation soit exacte.

C'est tout au contraire, suivant nous, une idée éminemment vraie que celle qui sert de base à la disposition de l'article 1252.

Pourquoi M. Larombière la trouve-t-il irréfléchie et fausse ?

C'est parce que la préférence, qui en résulte pour le subrogeant contre le subrogé, lui semble injuste; il voudrait qu'ils vinssent, en concurrence, à droit égal, sur le montant de la collocation hypothécaire :

« *Le créancier*, dit-il, *et le subrogé ont des droits identiques, fractionnés d'une seule et même créance...; en un mot, en divisant sa créance, le subrogeant admet un concours fondé sur l'identité des droits transférés au subrogé avec ceux qu'il a gardés dans ses mains.* » (*Loc. supra cit.*)

Mais, à notre avis, une thèse semblable est le renversement des principes les plus essentiels, qui constituent le payement avec subrogation.

Non ! lè droit, qui est transféré au subrogé et le droit, que le subrogeant conserve, ne sont pas des droits identiques, ni des fractions d'une seule et même créance !

A l'égard du subrogeant, la partie de la créance, dont il a reçu le payement, est éteinte !

Quant à lui, cette partie-là n'existe plus !

La partie de la créance, qui n'a pas été payée, est la seule maintenant qui existe, et qui, dans ses mains, représente désormais toute la créance.

Non ! le subrogeant n'admet pas un concours fondé sur l'identité des droits qu'il a conservés avec les droits, que la subrogation a transmis au subrogé.

Cette identité des droits, ces deux fractions d'une seule et même créance, et le concours à droit égal, que l'on en déduit, tout cela serait un transport-cession d'une partie de la créance.

Ce ne serait pas un payement partiel avec subrogation !

Or, vous n'avez pas acheté la moitié de ma créance.

Vous me l'avez payée !

Et, en me la payant, vous l'avez éteinte entre vous et moi.

Comment donc, entre vous et moi, est-il possible que vous veniez prétendre qu'elle existe encore dans vos mains!

La logique la plus irrésistible, à notre avis, s'y oppose; et il nous semble que l'équité ne proteste pas moins contre une telle prétention, puisque le payement que le tiers a fait pour le débiteur, devait mettre le créancier au même état que si le débiteur lui-même l'avait fait.

Voilà, en effet, la tradition!

Et nous la tenons pour très-respectable, non pas seulement parce qu'elle est antique, mais aussi et surtout parce qu'elle représente, dans son exacte vérité scientifique, la théorie de la subrogation, et que la conséquence, qui en résulte, n'a rien, suivant nous, que la raison et l'équité ne doivent approuver.

Renusson consacre son chapitre XV presque tout entier à cette question : *Si la subrogation consentie par le créancier, qui reçoit partie de son dû, lui peut nuire et prejudicier.*

Et il conclut que le créancier, qui reçoit seulement partie de sa dette, *reçoit seulement à déduire sur et tant moins; c'est une pensée,* dit-il, *qui est assez naturelle!* (n° 3).

Pothier en a fait de même son *troisième Principe* sur les effets de la subrogation. (*Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans*, n° 87).

665. — Les partisans de la doctrine nouvelle, que nous avons entrepris de combattre, prétendent, il est vrai, que l'on n'aurait pas violé le principe, qui ne permet pas que la subrogation nuise au subrogeant, en admettant le subrogé à concourir, avec lui, sur le montant de la collocation hypothécaire, qui est insuffisante pour les payer tous les deux.

Supposons, disent MM. Aubry et Rau, un créancier

hypothécaire de 10 000 francs, qui reçoit à compte sur sa créance une somme de 5000 francs, pour laquelle la personne, qui a effectué le payement, se trouve subrogée à ses droits. Le débiteur est exproprié ; et le résultat de cette expropriation présente 5000 francs, à distribuer entre le créancier originaire et le subrogé.

C'est l'hypothèse que nous avons supposée nous-même (*supra*, n° 662).

Et les savants auteurs ajoutent :

« Il eût été, à notre avis, plus équitable, en plaçant sur la même ligne, le créancier originaire et le subrogé, de partager, entre eux, la somme à distribuer au prorata de leurs créances respectives ; ce qui, dans l'espèce proposée, donnerait à chacun 2500 francs. La subrogation ne causerait ainsi aucun préjudice au créancier originaire, qui, recevant 5000 francs du subrogé et 2500 francs en vertu de sa collocation, toucherait, en total, 7500 francs; tandis qu'il n'en aurait eu que 5000, s'il n'avait pas reçu du subrogé un payement partiel, qui a réduit sa créance à 5000 francs. » (T. IV, p. 191; comp. Duranton, t. XII, n° 186; Marcadé, art. 1252, n° 2; Larombière, t. III, art. 1252, n° 25).

Tel n'est pas notre avis.

Et nous croyons qu'il y a là encore une altération du principe sur lequel la subrogation repose.

Pour décider si la subrogation nuit ou ne nuit pas au créancier, quel est le point de comparaison, que les savants auteurs choisissent?

Ils choisissent le cas où aucun payement partiel n'aurait été fait au créancier.

Et c'est dans cette hypothèse, qu'ils lui disent :

Vous êtes encore bien heureux d'avoir reçu le payement partiel, avec subrogation, de 5000 francs!

Car, si ce payement n'avait pas été fait du tout, vous n'obtiendriez, par la collocation, que 5000 francs!

Donc, la subrogation ne vous nuit pas; tout au con-

traire! elle vous profite, puisqu'elle vous a fait obtenir 7500 francs.

Mais la réponse nous paraît facile.

Ce qu'il faut supposer comme point de comparaison, ce n'est pas le cas où le payement partiel n'aurait pas été fait du tout;

C'est le cas où le payement partiel aurait été fait sans subrogation!

Voilà, suivant nous, l'idée du législateur et le point de vue où il se place.

Si ce payement partiel de 5000 francs avait été fait au créancier, soit par le débiteur lui-même, soit par un tiers purement et simplement, le créancier aurait-il pu rencontrer un concurrent dans la collocation hypothécaire pour les 5000 francs, qui lui restaient dus?

Non!

Eh bien! il faut, à l'egard du créancier, que le payement avec subrogation soit toujours considéré comme un payement pur et simple.

On objecte que si ce payement n'avait pas été fait avec subrogation, il n'aurait pas été fait du tout; la circonstance même, dit-on, que le créancier a accepté, sans condition, un payement partiel, qu'il était maître de refuser, prouve qu'il n'avait pas l'espoir de se faire payer par le débiteur lui-même, et qu'il avait intérêt à accepter le payement partiel, qui lui était offert.

Que le créancier ait pu trouver qu'il était de son intérêt de recevoir un payement partiel, et qu'il ait mieux aimé le recevoir ainsi que d'être obligé d'exercer des poursuites rigoureuses contre le débiteur, cela peut être assurément!

Mais ce que nous maintenons, c'est que la loi, dans l'institution de la subrogation, a en vue, principalement, l'intérêt du débiteur, et non point l'intérêt du créancier.

Ce qu'elle suppose donc généralement, c'est que le

créancier aurait poursuivi le débiteur pour obtenir le payement du total de la créance.

Si elle a permis que le tiers, qui, pour conjurer ces poursuites, fait au créancier un payement partiel, puisse être subrogé à ses droits, c'est dans l'intérêt du débiteur.

Et c'est précisément pour que le créancier ne trouve aucune objection à recevoir cet à-compte, qui lui est payé par un tiers, qu'elle lui déclare que, à l'égard de ce tiers, il sera au même état que si ce payement partiel lui avait été fait par son débiteur lui-même.

Voilà, suivant nous, le véritable caractère de la subrogation.

Il est important de ne pas le dénaturer (comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, XIV.).

664. — Quel est le caractère du droit de préférence, qui appartient au subrogeant contre le subrogé?

Est-il personnel?

Ou est-il transmissible?

Qu'il soit transmissible par succession, cela est incontestable (comp. Duvergier sur Toullier, t. IV, n° 170, note *a*.).

665. — Mais est-il aussi transmissible soit par une cession, soit par une nouvelle subrogation?

C'est ce qui est, au contraire, fort controversé.

Trois opinions sont en présence :

a. D'après la première, le droit de préférence ne pourrait pas être transmis, non-seulement par une seconde subrogation, mais même par une cession.

On cite Toullier dans le sens de cette opinion, quoique la manière, dont il s'exprime, permette de douter que telle ait été sa doctrine (t. IV, n° 170).

Mais si c'est là, en effet, ce qu'il a entendu dire, il fau reconnaître que cette doctrine serait tout à fait inadmi sible.

Comment pourrait-on expliquer que la partie encore due de la créance, transmise par le créancier à un ces-

sionnaire, ne fût pas, dans les mains de celui-ci, la même absolument qu'elle était dans les mains du cédant ! (comp. *supra*, n° 333; Paris, 18 mars 1837, Lecointe, Dev., 1837, 2, 243; Merlin, *Répert.* v° *Subrogation de personnes*, sect. II, § 8; Delvincourt, t. II, p. 564; Duranton, t. XII, n[os] 187 et 189; Troplong, *des Hypothèques*, t. I, n° 379; Marcadé, art. 1252; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 192).

666. — *b.* La seconde opinion, tout à fait contraire, en sens inverse, prétend que le droit de préférence peut être transmis, non-seulement par une cession, mais aussi par une nouvelle subrogation :

1° La subrogation, en effet, dit-on, transmet au subrogé tous les droits qui appartiennent au subrogeant, tous ceux de ses droits, qui ont pour but d'assurer le recouvrement le plus efficace de sa créance;

Or, le créancier a un droit de préférence contre le premier subrogé, qui ne lui a fait qu'un payement partiel;

Donc, il peut, en recevant un second payement, transmettre à un second subrogé ce droit de préférence.

Comme il pourrait transmettre à un troisième subrogé son droit de préférence contre le second, si le second ne lui avait fait aussi lui-même qu'un payement partiel.

En sorte qu'il faut suivre l'ordre des subrogations, et que, entre deux subrogés, c'est le plus récent, qui doit être colloqué le premier.

2° S'il n'en était pas ainsi, le premier payement reçu avec subrogation nuirait au subrogeant; puisque, ne pouvant plus subroger en premier rang pour ce qui lui reste dû, il n'en tirerait pas aussi facilement parti que si le premier payement avait été pur et simple.

3° D'où dérive d'ailleurs le droit de préférence du subrogeant contre le subrogé, qui ne lui a fait qu'un payement partiel, sinon d'une convention tacite, par laquelle le subrogeant est censé s'être réservé l'antériorité ?

Or, dit M. Colmet de Santerre, il est clair qu'il a dû se la réserver en vue de toutes les opérations qui pourraient devenir nécessaires pour réaliser en argent sa créance.

Cette doctrine paraît avoir été, en effet, dans notre ancien Droit, celle de Bretonnier (v° *Subrogation*, t. II, p. 279 280).

Et elle a trouvé, encore, dans notre Droit nouveau, des partisans considérables (comp. Mourlon, p. 38 et suiv.; Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, XV.)

667. — *c.* Enfin, la troisième opinion enseigne que le droit de préférence du subrogeant contre le subrogé, qui peut être transmis par une cession, ne peut pas être, au contraire, transmis par une nouvelle subrogation.

C'est l'opinion, que nous croyons devoir proposer.

Si spécieuse que puisse paraître l'argumentation qui précède, nous espérons pouvoir établir que sa conclusion n'est conforme ni à l'autorité historique des traditions, ni à l'autorité scientifique des principes :

1° Et d'abord, si on excepte le témoignage, croyons-nous, à peu près isolé, de Bretonnier, nos anciens jurisconsultes étaient d'accord pour reconnaître que le droit de préférence du créancier contre un premier subrogé, ne pouvait pas être transmis à un second subrogé.

C'est la doctrine, que Renusson professe dans son chapitre XVI, qu'il y consacre tout entier, et même avec des *Additions*.

Pothier surtout est, en cet endroit, d'une netteté remarquable.

« Lorsqu'un créancier a reçu, en différents temps, différentes portions de sa dette de différentes personnes, qu'il a subrogées à ses droits, pour les portions, qu'il recevait d'elles, et qu'il reste encore créancier d'une partie, *toutes ces différentes personnes doivent venir, entre elles, par concurrence;* mais il doit leur être préféré.

« *La raison de la première partie de la maxime est évidente;* la raison de la seconde est que la subrogation ne peut jamais être opposée ni préjudicier au créancier, qui a subrogé. » (*Introduct. au tit.* XX *de la Cout. d'Orléans*, n° 87).

Il est facile de reconnaître, dans ce passage de Pothier, l'origine de notre article 1252.

Et ce n'est pas une témérité d'en conclure que les rédacteurs du Code, qui le lui ont emprunté, ont continué d'y attacher le sens, que Pothier y attachait, avec une fermeté de langage, qui ne lui est même pas habituelle (ajout. Bourjon, p. 602, n° 192; Duparc-Poullain, t. VII, p. 249).

2° C'est que, en effet, cette première partie de la maxime, comme il dit, est la conséquence logique du principe, sur lequel la subrogation est fondée.

Pourquoi le créancier, qui n'a été payé qu'en partie, a-t-il ce droit de préférence contre le subrogé?

Eh! mais, précisément parce que la partie de la créance, qui a été payée, est éteinte; tandis que la partie de la créance, qui n'a pas été payée, subsiste encore, dans ses mains.

Mais vienne un second payement, qui éteigne cette seconde partie de la dette!

Il n'en restera plus rien.

Et les deux payements, quoique faits en différents temps, et par des personnes différentes, l'auront éteinte totalement!

On se récrie que le second payement a été fait avec subrogation!

Qu'importe?

Le payement avec subrogation n'en est pas moins un payement.

Et de même que le premier a éteint la première partie de la dette, le second a éteint la seconde partie.

De ce qu'ils ont été faits tous les deux, également avec

subrogation, la conséquence, qu'il faut déduire, c'est que les deux subrogés succéderont, en effet, également à l'hypothèque, dont la créance, qu'ils ont payée, était munie, et au droit de préférence et au droit de suite, qu'elle confère.

Mais, quand le second subrogé vient prétendre qu'il a succédé, lui ! en plus et en outre, a un droit de préférence contre le premier subrogé, nous lui répondons que ce droit n'était pas un attribut de la créance elle-même, qu'il n'était un droit ni contre le débiteur principal, ni contre les tiers, qui étaient tenus, d'une manière accessoire, personnellement ou réellement, de la dette !

C'était un droit particulier, et, en quelque sorte, accidentel, qui résultait de ce qu'une partie de la créance seulement avait été payée et point l'autre ;

Or, voilà maintenant les deux parties de la créance payées également ;

Donc, la cause efficiente de ce droit de préférence a disparu, et avec elle, nécessairement aussi le droit de préférence lui-même.

Voilà, suivant nous, l'explication scientifique de la disposition de l'article 1252, telle que les rédacteurs du Code l'ont recueillie de notre ancienne jurisprudence.

3° Quant aux inconvénients, que l'on reproche à cette doctrine, d'où il résulte, dit-on, que le créancier ne peut pas profiter de ce droit de préférence, qui serait pourtant, dans ses mains, un élément de crédit, nous croyons qu'on les exagère.

Les arguments, que l'on invoque, ne seraient d'ailleurs applicables qu'à la subrogation consentie par le créancier, sans s'appliquer à la subrogation consentie par le débiteur ni à la subrogation légale.

Renusson, qui a longuement pesé *le pour et le contre*, remarquait, d'ailleurs, fort justement, que la doctrine contraire pourrait avoir elle-même des dangers :

« Si la dernière subrogation, disait-il, était préférable à la première, rarement un débiteur pourrait-il commencer son payement. » (*Additions* au chap. XVI).

Et il concluait à *l'égalité* entre les différents subrogés.

Telle sera aussi notre conclusion (comp. Paris, 13 mai 1815, Sirey, 1816, II, 338; Dijon, 10 juill. 1848, Gautier de Breuvaud, Dev., 1848, II, 609; Merlin, *Répert.* v° *Subrogation de personnes*, sect. II, § 8; Toullier, t. IV, n° 170; Duranton, t. XII, n°s 188-189; Troplong, *des Hypothèques*, t. I, n° 379; Taulier, t. IV, p. 375; Marcadé, art. 1252; Gauthier, n° 68; Pont, *Revue critique*, 1856, t. VIII, p. 115-117; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 192; Larombière, t. III, art. 1252, n° 36).

668. — Ce n'est d'ailleurs que relativement à la créance, qui a fait l'objet du payement avec subrogation, que le droit de préférence existe pour le subrogeant contre le subrogé.

Il ne pourrait pas être invoqué relativement à une autre créance, que le subrogeant aurait à un autre titre.

Paul a sur l'immeuble A deux hypothèques :

L'une, pour une créance de 10 000 francs, inscrite, en 1868, au premier rang;

L'autre, pour une créance de 5000 francs, inscrite, en 1872, au quatrième rang.

Pierre lui a payé, avec subrogation, la moitié de sa créance du premier rang, soit 5000 francs.

L'immeuble ayant été vendu, la créance du premier rang est colloquée pour 10 000 francs.

Puis voilà que Paul, le subrogeant, réclame cette collocation tout entière, savoir :

1° 5000 francs pour ce qui lui reste dû de sa créance du premier rang;

2° Et 5000 francs, dit-il, pour le montant de sa créance du quatrième rang.

Énoncer une telle prétention, c'est la réfuter!

Il y a là, en effet, deux créances distinctes et indépendantes l'une de l'autre.

La créance du quatrième rang ne concerne Pierre, en aucune façon ; et quant à ses rapports avec Paul, pour la créance du premier rang, il n'importe nullement qu'elle appartienne à Paul ou à tout autre !

Pierre, subrogé à la moitié de la créance du premier rang, primera sans aucun doute les créanciers intermédiaires du second et du troisième rang.

Eh bien ! il doit primer de même le créancier du quatrième rang, quelque soit ce créancier, Paul ou Jacques ; car il est subrogé à l'hypothèque du premier rang !

La solution serait la même, bien entendu, si, au lieu d'avoir payé à Paul seulement une partie de la créance du premier rang, Pierre lui avait payé toute cette créance; il emporterait alors tout entière, en vertu de la subrogation, la collocation de cette créance (comp. Cass., 27 nov. 1832, Dev., 1833, I, 115; Merlin, *Répert.* v° *Subrogation de personnes*, sect. II, § 8, n° 7; Toullier, t. IV, n° 169; Duranton, t. XII, n° 184; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 191 ; Larombière, t. III, art. 1251, n° 30).

669.—Ajoutons que, même relativement à la créance, qui a fait l'objet du payement avec subrogation, le droit de préférence n'existe pour le subrogeant contre le subrogé, que dans le cas où cette créance étant privilégiée ou hypothécaire, ce droit de préférence résulte, en effet, lui-même d'un privilége ou d'une hypothèque.

Il n'y aurait donc pas lieu à l'application de l'article 1252, dans le cas où la créance étant purement chirographaire, le subrogeant et le subrogé se présenteraient ensemble à une simple distribution par contribution.

Le subrogé pourrait alors se présenter à droit égal, avec le subrogeant, pour recevoir, aussi bien que lui et que tous les créanciers, un dividende proportionnel.

Cette solution nous paraît dériver certainement du texte de la loi et des principes :

1° Il résulte de l'article 1252, malgré la forme un peu abstraite peut-être de sa rédaction, qu'il a en vue le cas où le subrogeant et le subrogé sont en présence dans une collocation de créanciers privilégiés ou hypothécaires; le mot : *préférence*, qu'il emploie, est, en effet, significatif; car il n'y a, entre les créanciers, de causes *de préférence*, que les priviléges et les hypothèques (art. 2094).

2° Les principes du droit civil ne permettent pas d'ailleurs que cette disposition soit entendue d'une autre manière.

Le subrogé, en payant la dette d'un autre, est devenu, à son tour, le créancier du débiteur, qu'il a libéré par ce payement; son créancier, disons-nous, pour cause de prêt, de solidarité, de cautionnement, ou de gestion d'affaires.

Or, aux termes de l'article 2093 :

« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait, entre les créanciers, des causes légitimes de préférence. »

Donc, le subrogé, créancier du débiteur à raison du payement partiel, qu'il a fait pour lui, tout autant que le subrogeant est son créancier, à raison de ce qui lui reste dû, a, en effet, tout autant que lui, pour gage tous les biens de ce débiteur.

3° Mais, dira-t-on, voilà une violation de la règle que la subrogation ne doit pas nuire au subrogeant!

Car le dividende, qui sera attribué au subrogé, diminuera d'autant celui de chaque créancier, et par conséquent, aussi celui du subrogeant lui-même!

La réponse est facile :

C'est que cette diminution n'est pas un effet de la subrogation, et que dès lors on ne peut pas dire que la subrogation, en ceci, nuise au subrogeant, puisqu'elle n'est pas la cause, d'où cet effet résulte!

La cause, d'où cet effet résulte, elle est toute simple :

c'est le Droit commun, d'après lequel celui, qui a fait un payement pour un autre, a une action directe et personnelle contre lui, afin d'obtenir le recouvrement de son avance, en concours avec tous ses autres créanciers.

Cette action, le tiers l'aurait, s'il avait payé sans subrogation.

Or, comment serait-il possible qu'il ne l'eût pas, pré cisément parce qu'il aurait payé avec subrogation, c'est-à-dire dans une condition, qui, loin de pouvoir diminuer l'efficacité de son recours, ne peut jamais que l'augmenter !

Cela serait inexplicable.

Aussi, n'en est-il rien !

Le créancier, avons-nous dit, qui reçoit d'un tiers un payement avec subrogation, doit être au même état que si ce payement lui avait été fait par le tiers purement et simplement; voilà le vrai sens de la règle consacrée par l'article 1252, que la subrogation ne doit pas nuire au créancier;

Or, si le tiers avait payé sans subrogation une partie de la dette, il aurait eu le droit, pour le recouvrement de son avance, de venir sur le prix de tous les biens du débiteur, par contribution avec le créancier, pour la partie qui lui restait due, aussi bien qu'avec tous les autres créanciers;

Donc, il a ce droit également, après avoir payé avec subrogation.

Telle est, en effet, la disposition explicite de l'article 544 du Code de commerce, qui va compléter notre démonstration.

« Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés, a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligé ou la caution.

« Le co-obligé ou la caution, qui aura fait le payement partiel, sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli. »

On voit que cette disposition est, en effet, très-explicite.

Nous croyons avoir prouvé qu'elle est aussi très-conforme aux principes. (Comp. Duranton, t. XII, n° 186; Marcadé, art. 1252, n° 2; Mourlon, p. 19; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 192; Gauthier, n° 65; Larombière, t. III, art. 1252, n° 26; Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, XVII).

670. — Aussi, pensons-nous, malgré le dissentiment de Duranton (*loc. cit.*), que cette doctrine doit être appliquée même dans le cas où la créance chirographaire est garantie par un cautionnement.

De sorte que le créancier, qui n'aurait reçu qu'un payement partiel, ne pourrait pas se faire payer, par préférence au subrogé, sur les biens de la caution, pas plus que sur les biens du débiteur principal.

Telle est, du reste, la doctrine généralement admise.

Avec grande raison, suivant nous!

Supposons, en effet, que c'est à la caution elle-même, que le tiers subrogé a fait un prêt, pour payer une partie de la dette au créancier (art. 1250-2°).

Comment serait-il possible que le prêteur n'eût pas, même envers le créancier, qui n'a reçu qu'un payement partiel, le droit de se faire payer, en vertu de son action directe et personnelle, comme tous les autres créanciers, sur tous les biens de son débiteur! (comp. Rennes, 22 mai 1858, Touchais, Dev., 1859, II, 298; Cass., 1er août 1860, Millet, Dev., 1861, I, 366; Cass., 26 déc. 1871, Comptoir d'escompte du Mans, et les *Observations* de M. Labbé, Dev., 1872, I, 49-56).

FIN DU VINGT-SEPTIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU VINGT-SEPTIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SECTION I.

DU PAYEMENT.

§ I.

DU PAYEMENT EN GÉNÉRAL.

I.

II.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXVII, art. 1234 à 1252.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

12172. — Typographie Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.




a39003 008353996b
DATE DUE
CAT. NO. 1137

